DISSERTATIO IVRIDICA

DE

VERA INDOLE LITTERARVM OBLIGATIONIS

ET

EXCEPTIONIS NON NVMERATAE PECVNIAE,

QVAM

MAGNIFICI ICTORVM ORDINIS

CONSENSV

SVB MODERAMINE

D. GODOFREDI LVDOVICI MENCKEN

P. P. E. IN LIPS. ET P. P. O. IN IVLIA CAROLINA ACADEMIA DESIGN.

DIE XXI. FEBR. A. R. D. CIƆIƆCCXXXXVIIII.

PVBLICAE ERVDITORVM DISQVISITIONI

SVBMITTIT

AVCTOR

ERASMVS GOTTLOB IACOBSEN

LIPSIENSIS LL. CVLTOR.

LIPSIAE

LITERIS LANGENHEMIIS.

NAPOLI

Digitized by Google

VIRIS
MAGNIFICIS, EXCELLENTISSIMIS,
ILLVSTRIBVS, AMPLISSIMIS,
CONSVLTISSIMIS, PRVDENTISSIMIS

CONSVLIBVS,
PROCONSVLIBVS,
AEDILIBVS,
PRAETORIBVS

CAETERISQVE
SENATORII ORDINIS LIPSIENSIS
PATRIBVS

RERVM ET SALVTIS PVBLICAE CVRATORIBVS
SAPIENTISSIMIS,
LEGVM TVTORIBVS VIGILANTISSIMIS,
BONARVM ARTIVM PROMOTORIBVS
OPTIMIS,
PATRONIS ET FAVTORIBVS OMNI PIETATIS
AC RELIGIONIS OBSERVANTIA
COLENDIS,
HASCE PRIMITIAS ACADEMICAS,
CVM
ARDENTISSIMO
SEMPITERNAE INCOLVMITATIS
AC
PERPETVAE PROSPERITATIS
VOTO
ANTIQVO RITV,
MAIORVM MORE
DAT, DICIT, DEDICAT
TANTORVM NOMINVM

OBSERVANTISSIMVS CVLTOR AC CLIENS
AVCTOR
ERASMVS GOTTLOB IACOBSEN
LIPSIENSIS LL. CVLTOR.

§. I.

Quantis ambiguitatibus et diſſenſibus vexetur litterarum obligatio, non pauci et mediocriter tantum antiquitates perſcrutantes intelligunt. Fatetur hoc ipſe HEINECCIVS, grauis vetuſtatis ſcrutator, in *ſyntagm. antiquit. Roman. L. III. t.* 22. fontes harum diſcrepantium opinionum aperiens. Ac tam periculoſum quam obſcurum cernitur hoc obligationis genus, ſiue ad creditorem, ſiue ad debitorem animum aduertamus. Quam ob rem omnis opera eſt danda, vt ex his laqueis, et creditorem et debitorem liberemus. Hac ergo in re pluribus, in antiquitatibus autem fere adumbratis nihilque praeſtantibus breuius verſabor. Parum vero aberat quin et ab hoc propoſito animus depelleretur, cum inuenerim, haud paucos eo abire, vt omnem contractum chirographarium, litterarumque obligationem, non antiquam tantum, ſed a Iuſtiniano quoque introductam, ab hodierno vſu remoueant. Quae ſi ita eſſent, tempus perderem. NIC. MAR-

TINI *in diſſ. de mutuo praeſumto* §. 21. *ſqq.* copioſa magis, quam ponderoſa demonſtratione cuique perſuadere cupit, nullam dari litterarum obligationem, eandemque et Iuſtinianeo iuri incognitam probare conatur. Mitiori via incedit *Perilluſtris* IVST. HENNING. BOEHMERVS *de action. forenſ. S. II. c. 8.* §. *58.* litterarum quidem obligationem legibus Romanis tribuens, vſu autem fori adplicari poſſe negans. Defendit quippe chirographarium contractum iure Romano ſollemnibus adſtrictum fuiſſe ſcripturis, hodie autem priuatorum tantum intercedere chirographa, quae, non vt fundamentum obligandi, ſed vt medium probandi debeant ſpectari. Quamuis autem Viri in tanta celebritate famae conſtituti auctoritatem magni faciam, hac tamen ex parte ſeceſſionem facturus, diſſenſus rationes reddam. Quod ſi enim antiqui et noui generis ſcripturas, vti par eſt, ſeiungemus, facilis ad defendendum erit via. Temporibus ſcilicet Romanorum antiquiſſimis, nominibus fieri obligatio dicebatur, ſi argentarius pecuniam ex menſae ſcriptura ſine ſtipulatione numerabat, ac nomen tam creditoris quam debitoris in rationes referebat. Indeque eſt, quod et credita et debita nomina ſcilicet actiua et paſſiua vocentur. Quo pertinent ASCONII PAEDIANI *in Cicer. p.* 77. vbi: *tituli debitorum nomina dicuntur, praeſertim in iis debitis in quibus nomina ſcripta ſunt, quibus pecuniae commodatae ſunt.* Cui rei contrarium eſt, mutua accepiſſe. Ergo nomina debita, vel debitores. In hoc vnico vero mihi vituperandus eſt, quod commodatum deprauata ratione cum mutuo confuderit. Hoc et *perſcribere nomen* vocatur. Huic opponitur *reſcribere nomen*, de quo et expungere ac expedire vſurpari, paucis incognitum eſt.

§. II.

§. II.

Duplicem vero in modum intelligo, ſcripturam de menſa factam eſſe. Vel enim a menſario pecuniam foenori accipiebat, vt ipſe alteri ad debitoris voluntatem penderet, quo facto eius nomine in rationes redacto, menſarii debitor fiebat. Vel depoſuerat iam ipſe apud menſam pecuniam, atque ex hac ſumma, quantum ipſi deponenti placuerit, alii debitoris iuſſu ſoluebat. In vtroque caſu *creditum de menſa* ſolutum dicebatur. Nec titubans fides, eius quod in has rationes congeſtum erat credebatur. Miraberis tantam foeneratoribus haberi fidem! Deſine mirari. Cogita quid noſtra te doceant tempora. An neſcis, et diuites longas habere manus? Diſce ſapere. At vero in hoc facile conſenſerim, argentariis olim tantam fidem habitam non fuiſſe. A Tarquinio Priſco originem argentariorum plerique repetunt, quibus adeſſe videtur locus DIONYS. HALICARN. *L. III.* quod confirmat LIVIVS *L. I. c. 35.* de Tarquino Priſco loquens: *Ac eodem rege circa forum porticus tabernaeque factae;* et *L. XXVI. c. 11.* de Hannibale dicens: *vt tabernas argentarias, quae circa forum Romanum tunc eſſent, iuſſerit venire.* Quod publicum argentarii munus his temporibus geſſerint, publicamque meruerint fidem, neque in aliis locis relatum inueni. Quin imo a Marco Antonio Caeſari Octauio auum argentarium, in contumeliam obiectum, et nummularium nepotem eum adpellatum eſſe, diſcimus ex SVETON. *in vita Auguſti c. 2.* Et quis neſcit quantum odium Romani erga foeneratores exercuerint? Famam ſeruare videtur CICERO *orat. pro A. Caecinna C. 4.* qui de M. Fulcinio dicit: quod Romae argentariam non ignobilem fecerit. Sed hanc nobilitatem ille M. Fulcinius non muneris nobili-

nobilitate, ſed nobili ſuo, nec improbo rei argentariae exercitio adeptus mihi videtur; quam commentationem ipſa verba offerunt facillime. Subſequentibus tamen temporibus publicum habitum fuiſſe horum officium vberrime patet ex *l. 10. §. 1. D. de edendo*, *l. 8. D. depoſiti*, *l. 24. §. 2. D. de reb. auctor. iud. poſſ. Nou. CXXXVI. c. 1. et Edict. Iuſtin. VII. c. 4.* Ex quo eſt, vt ipſorum quoque rationum libri vim probandi haberent, docente VLPIANO *l. 27. §. 1. D. de furtis.*

§. III.

An vero hi argentarii menſariorum quoque nomine veniant, qui Graecis τραπεζῖται vocabantur, anceps videtur diſquiſitio. Quid mihi videatur, paucis dabo. Largiendum mihi eſt, menſarios ſaepe pro argentariis et vice verſa in iure noſtro ſumi. Sed hoc inde mihi factum videtur, quod partim argentarii aeque ac menſarii menſis vſi fuerint in publicis tabernis, partim ipſi menſarii lucri inuidia ducti alienis negotiationibus priuatis ſe pariter immiſcuerint, et non abſimiles argentariis facti fuerint. Quid ergo interceſſerit diſcriminis quaeris? Tradam. Haud incongruam forſan capio coniecturam, ſi argentariorum auaritiae malitiaeque quibus miſeros improbo foenore premebant cauſſam tribuo. *Quinque itaque viri*, vt teſtatur LIVIVS *L. VII. c. 21. A. V. C. CCCI. creati, quos menſarios* ROSINVS *antiquit. Roman. L. VII. c. 39.* menſores ſcribit, *a diſpenſatione pecuniae adpellarunt. Meriti autem aequitate curaque ſunt, vt per omnium annalium monumenta celebres nominibus eſſent. Fuere C. Duellius, P. Decius Mus, M. Papirius, Q. Publius, et T. Aemilius, qui rem difficillimam tractatu et plerumque parti vtrique, ſemper certe alteri grauem, cum alia moderatione tum impendio magis publico quam*

iactura

iactura ſuſtinuerunt. Conuenit et in hac chronologia CAR. SIGONIVS *de antiquo pop. Rom. iure L. II. t. 1. c. 11.* qui tamen in *chronologia in Liuii hiſtorias* inconſtanti mente A. V. C. CCCIII. ponit. LIVIVS quoque *L. XXIII.* A. V. C. DXXXVII. tempore ſecundi belli Punici triumuiros menſarios creatos fuiſſe memorat. Horum officium quin publicum fuerit, nemo dubitabit, qui perpendet alios horum conſules, alios cenſores, alios tribunos plebis fuiſſe, et hos ipſos publicis olim praefuiſſe auctionibus, pretia rerum venditarum collegiſſe, redegiſſe, depoſita accepiſſe et veluti publicae fidei ſequeſtres habitos fuiſſe, docet SALMASIVS *de modo vſurar. C. 16.* et KIPPING *de antiquit. Roman. XI. 3. §. 10.* Qua in re vel nouiorum temporum transformatio vel ſcriptorum negligentia confuſioni anſam dedit.

§. IV.

Nummularii pariter ab his ſeparandi ſunt, quod et feciſſe PAVLVM *l. 9. §. 1. et 2. D. de edendo*, patet; qui ſi hos nummularios omni ex parte argentariorum indolem redoleuiſſe crediddiſſet, non dixiſſet ſeparatim: *nummularios quoque non eſſe iniquum*; cum de argentariis ſatis actum ſit. Collimant fere omnes, vt hos nummularios illis aequiparent qui Graece *κολλυβισταὶ* et *κερματισταὶ* dicuntur. Sed vel plane his non conueniunt, vel duplicis generis fuerunt nummularii, quod ſi illud genus nummulariorum conſideramus, qui probabant nummos, an probi eſſent, cuius auri, an ſubaerati an aequi ponderis, an bonae fuſionis, parum attingit collybiſtarum ſignificationem, quod paullo poſt demonſtrabo. Eoque pertinent verba APVL. *metamorph. X.* quae refert PITISCVS *in lexic. antiquit. verb. nummularius.* Atque hos publico munere functos eſſe non

inficias eo. Alterum autem genus horum nummulariorum refertur eorum, qui maioris generis monetam accipiunt, vt minoris per partes reddant, vel acceptis nummis in alienam regionem, in qua diuerſi generis nummorum vſus eſt, vt transferantur, curant. Et hos quidem recte collybiſtas dici crediderim, κόλλυβος enim tam ipſam pecuniae permutationem, quam pretium pro ea ſoluendum deſignat. Quod vero hi publicum geſſerint officium, nunquam inueniſſe memini. Priuata potius auctoritate has negotiationes exercuiſſe, facilius crediderim. Et hinc eſt quod CICERO *in Verrem L. III. c. 78.* collybum improbiſſimi furti vocabulum adpellet; quod improbum dictu fuiſſet, ſi et haec vocabula et hoc munus publicam habuerit cauſſam. Ex quo CICERONIS loco ſimul duplex nummulariorum genus, de quo antea diſſerui, commode probatur, cum ibi illud, quod pro ſpectatione, et quod pro collybo datur, ſollicite ſeparet. Spectationem vero, probationem pecuniae, quae a nummulariis ſpectabatur, recte interpretatur HOTTOMANNVS. Diſplicet autem quodam modo PITISCVS vocabulo *nummularius* quod *l. 1. §. 9. D. de offic. praef. vrb.* qua nummularii cognitioni praefecti vrbis ſubiiciuntur, ad illos tantum nummularios reſtringat, qui monetas ſcrutabantur, cum tamen ipſa *d. l.* verba: *vt nummularii probe ſe agant, circa omne negotium ſuum, et temperent his quae ſunt prohibita*; latiorem nummulariorum conſiderationem optime tradant; et cum omne quidquid intra vrbem, immo intra centeſimum lapidem ab vrbe committeretur, ad praefecti vrbi animaduerſionem pertinere doceat VLPIANVS *l. 1. §. 4. D. de praef. vrbi*, conſequitur, PITISCVM iuſto ſtrictius hanc legem accepiſſe, quae tamen ad omnis generis nummularios

haud

haud dubitate ſpectat. Quam autem collybiſtarum ſpeciem refert HIERONYMVS *in cap. 21. Matth.* huc non, ſed ad ſolos pertinet Iudaeos.

§. V.

Satis, quantum propoſiti limites permittunt, dictum eſt de argentariorum, menſariorum, nummulariorum et collybiſtarum differentia. Si quaeris, cur ſaepius tam in legibus quam aliis ſcriptoribus haec nomina commiſceantur? Cogita malitiam et lucri cupiditatem plerisque communem fuiſſe, et quod nummularii arte ſciebant, argentarios ex diuturno vſu haud ignoraſſe, vt facilius omnes, cum vnum intenderent finem, vno quoque et communi nomine comprehendi poſſe creditum ſit. Haec erat nominibus olim contracta obligatio. Quae, licet obſcuris ſane verbis exprimatur, nunc tamen patet. Erras tamen, ſi putas ita eſſe contractam litterarum obligationem. Nec enim ſcriptura hanc efficit obligationem, ſed eſt tantum alterius obligationis acceſſio, et quoddam probandi medium, quod abunde adparet ex *l. 61. pr. D. de obligat. et action.* vbi SCAEVOLA ita: *Procurator Seii admiſit ſubſcriptionem ad argentarium vaſcularium in verba infra ſcripta:* Λϐκιος Καλάνδιος ἐπέγνων καθὼς προγέγραπται ἐςὶ λοιπὰ πὰρ ἡμῖν ὀφειλόμενα τῷ δεῖνι τόσα. *Quaero an Caium Seium obligari potuit? Reſpondit, Seium, ſi alioquin obligatus non eſſet, non proper quod ea ſcriptura, quae proponeretur, interpoſita ſit, obligatum eſſe.* Vides quod ſola ſcriptura, licet ad argentarii menſam facta fuerit, non obligauerit. Nec obiicias, quod procuratoris factum rationem diſpoſitionis reddat. Quod nego. Noſtine, quod quis per alium facit per ſemet ipſum feciſſe dici?

§. VI.

Antea vero quam ad ſolutionem de arca et domo deuenio, ſilentio praeterire non poſſum, quam aegre feram ab omnibus ferme locum CICERONIS *ad Atticum L. IIII. epiſt. 18.* obtorta ratione ad ſcripturas ex menſa componi. Addo hunc locum, quo circumforaneus error liqueat: *Haec pactio*, inquit CICERO *non verbis, ſed nominibus et perſcriptionibus multorum tabulis cum facta eſſe diceretur, prolata a Memmio eſt, nominibus inductis auctore Pompeio.* Nolim aliquid in lectione huius loci emendatum, quod HEINECCIVM feciſſe miror, qui in *ſyntagm. antiquit. L. III. t. 22. §. 2.* pro *perſcriptionibus*, *praeſcriptionibus* ſcribit; quae correctio ſenſum non modo non explanat, ſed corrumpit. Hoc autem fateor lubentiſſime, CICERONEM vocabulo perſcriptionis in ſenſu magis vulgari quam antiquitatibus conuenienti vti. *Perſcriptionem* enim non niſi de ſolutione quae fit apud argentarios vel trapezitas dici, ſupra iam tradidi. De hac vero ſolutione ad menſam ibi neutiquam locutio eſt. Quod exinde ſtatim coniicere datur, quod *tabulis perſcriptiones* factas eſſe adſerat. Tabulae enim hic CICERONI ſunt, codex accepti et expenſi quos omnes patresfamilias habebant. in quem et pecuniae mutuaticiae ſine vſuris referebantur. Has in tabulas maxima cum diligentia, ea quae in *aduerſariis* curſim tantum exceperant, vt quaſi memoriam aduertant, boni patresfamilias recondebant. Quam differentiam ſcite exprimit CICERO *orat. pro Roſcio Comoedo c. 2.* Quae tabulae ſi non omnem, quamdam tamen habebant fidem, eoque praeſtantiorem forte, quod, cum cenſores earum fide vrbem luſtrarent, et vniuscuiusuis ciuis cenſum aeſtimarent, patresfamilias iureiurando has tabulas con-

firmare

firmare iuberentur, teſte DIONYS. HALICARN. L. IIII. Argentariorum vero libri *calendaria* dicebantur, codex ſcilicet rationum pecuniae foenoratitiae. Tabulas ſi cognoueris de argentariis aut menſariis dici, inuenies *tabulas auctionarias* deſignari, quibus argentarii, cum apud menſam eorum et publicae auctiones fierent, res vendendas perſcribebant, vt cuilibet videndi poteſtas daretur, CICERO *orat. pro A. Caecinna c. 6.* QVINCTILIANVS *XI. 2.* Ac praeterea ſi de argentariorum calendariis intelligenda eſſent verba; *multorum tabulis* facta nomina dici non potuiſſe, in aprico iacet. Hinc potius ad hunc ſenſum componatur locus, quod hanc pactionem non Domitius ſolum et Memmius promittentes, et conſules quibus ſe obſtrinxerant, in tabulas redegerint ſuas, ſed illi quoque, qui amicitiae vinculo intererant, ſiue tanquam ſponſores, ſiue tanquam teſtes conſideremus, pariter ad ſeruandam rei memoriam ſuis tabulis inſeruerint; Vt adeo recte *multorum tabulis* nomen factum eſſe dici potuerit. Et quis crediderit, quaeſo, hos paciſcentes, tam infamem pactionem in publicum conſpectum apud argentarios producendi cupidos fuiſſe, quam tamen omnibus occultare modis par erat, ne et auctoritas et fides obfuſcentur.

§. VII.

Hactenus de nominum obligatione, numeratione ad menſam argentarii vel menſarii; Paucis de ea quae de arca vel domo dicebatur. Erat autem, quando creditor domi ſuae ex arca pecuniam numerabat, nomenque debitoris in tabulas ſuas ſiue codicem accepti et expenſi referebat. Quanquam autem ſupra commemoraui, his tabulis fidem quodam habitam fuiſſe modo, tamen cum ipſa numeratio ſeu traditio ad formam mu-

 mui

tui requireretur, ſolae non ſufficiebant, ſed intercedere debebat ſtipulatio, qua in ſcripturam redacta, adſcriptis nominibus, validiſſima praeſumtio de ſolutione pecuniae facta oriebatur, quo pertinet illud SENECAE *epiſt. 26. Finire iam volebam, et manus ſpectabat ad clauſulam. Sed conficienda ſunt ſacra et huic epiſtolae viaticum dandum eſt. Puta me non dicere vnde ſumturus ſim mutuum: Scis cuius arca vtar. Exſpecta puſillum et de domo fiet numeratio;* adde CORNEL. NEPOT. *in Attico c. 13.* QVINCTILIAN. *L. IIII. c. 2.* SYMMACHVM *L. I. epiſt. 5.* Ex Romano autem iure euoluas *l. 40. D. de reb. credit. l. 5. §. 3. et l. 26. D. de pecun. conſtit. l. 6. §. 1. et l. 7. D. de nouat.* Solent et *l. 3. §. fin. l. 6. D. de SCto Macedon. et l. vlt. D. mandati* circumferre, ſed oleum et operam perdis, ſi veſtigium in his legibus quaeris. Si poſcis a me, vt dicam an hoc quoque genus quoddam litterarum obligationis ſit, fatebor, nihil ibi adpoſitum me inuenire potuiſſe. Tralatitium tamen eſſe, obiicis. Commentitium reputo. Deſine itaque cum errantibus errare, niſi, quod vitium habent prudentiores, gloriam ſectatoris tibi comparare credideris. Sed te obſecro, doceas aliud huius obligationis fundamentum, niſi ſtipulationem. Quae ſi certa ſunt, vix enim dubium probare poteris, cur nouum obligationis genus fingamus? Nec aliam quoque actionem video traditam, quam vel ex ſtipulatu vel de conſtituta pecunia. Nouam litem mouere videtur THEOPHILI παράφρασις *ad tit. inſtit. de litterar. obligat.* qui ita rem explanat. Λίτερις ἐστὶ τὸ παλαιὸν χρέος εἰς καινὸν δάνειον, μετασχηματιζόμενον ῥήμασι καὶ γράμμασι τυπικοῖς: *Litteris eſt vetus nomen in nouum debitum transformatum verbis et litteris ſollemnibus.* Si hic locus multos vexat, non THEOPHILVS noſter inculpandus eſt,

ſed

ſed culpa redarguit ipſos. Quamuis enim hoc non adſeruerim, eum omne punctum obligationis cui litterae adhibebantur tuliſſe, falſa tamen contineri, quae perturbare poſſunt legentes, non introſpicio. Peſſime ſane de THEOPHILO cogitant, qui ſibi perſuadent, ipſum nouam litterarum obligationem quam IVSTINIANVS inuenit, explanare voluiſſe, quae ſi ipſius mens fuiſſet, furca expellenda eſſet. Attigiſſe mihi videtur illam numerationem, quae de arca et domo fiebat accedentibus litteris et ſtipulatione ſollemni. Poſtea enim quam numeratio facta eſt pecuniae creditae, obligatio ex mutuo contrahitur. Cum vero malitia non raro gremium Romanorum impleuiſſet, verendumque fuerit, ne numerationem factam negaret debitor, cauebant, vt ſollemnibus ſtipulationibus fides redintegraretur, et ſcriptura hanc cautionem complecteretur. Quo facto, licet debitum reale ante fuerit, illud in nouum debitum ex ſtipulatione transformabatur. Non ergo cognitu eſt difficile, nouationum indolem his THEOPHILI verbis ſignificari. Nec hoc negare conuenit, has nouationes non in mutuo tantum, ſed aliis quoque contractibus, conſenſu initis, obueniſſe. Erant enim hae cautiones Romanorum, quibus malitiam comprimere ſtudebant. Nec malo quidem conſilio, ſed et hodie imitando, cum et his temporibus non langueſcere, ſed ingraueſcere, quotidiano malorum adplauſu, malitiam lugeamus.

§. VIII.

Non procul aberrare videtur THEOPHILVS a CAIO *in inſtitut. L. II. t. 9 §. 12. quem* ante oculos habuiſſe THEOPHILVM vel exemplum ab ipſo luculentiori intellectui adpoſitum, commonſtrat, de qua re, et loco CAII ANIANI interpolationibus multum obſcurato, copioſe, et ſcite dixit SCHVL-

TIN-

TINGIVS *in iurisprud. anteIuſtinian. ad* CAII *loc. adleg. p. m. 161. ſqq.* qui et cautionum ſollemnitatem perſcrutaturo ſatisfacit. Venia mihi impetranda eſt, *lector beneuole*, quod *te* tamdiu, fere diſſertationis cancellos egreſſus detinuerim. Sed contine te ipſum intra cancellos. An enim nihil ex his antiquis moribus ad nos translatum putas? Parum et noſtram vrbem et aliorum mores cognoueris, niſi quae noua iactitantur, antiqua redolere, intellexeris. Cinguntur, veſtiuntur homines more antiquo, quem veſtitum ab exteris terris nouiter adlatum ſuſurrant, vt citius ſapiant nouo colore induti. Peda noſtra annon veterum Romanorum haſtam praeſentent, circumſpice. Caue tamen, ne haec antiqua vendites, ne famam iuuenis bonae indolis perdas. Mundus vult decipi. Actum tamen agere videbor, cum ipſe IVSTINIANVS *§. vn. I. de litter. oblig.* obligationem quae olim nominibus fieri dicebatur, hodie non in vſu eſſe, et ceſſare verborum obligationem dixerit. Ac conſumere omnem defenſionis ſpem videtur VINNIVS *in comm. ad inſtit. de litter. oblig. n. 6.* hanc cauſſam deſuetudinis adferens: quod translato Conſtantinopolim imperio conſuetudinem Graecorum impetraſſent Romani, qui συγγραφαῖς vſi, id eſt, ex ASCONII PAEDIANI aliorumque interpretationibus, cautionibus vtriusque contrahentis manu ſubſcriptis atque obſignatis, quas deinde non συγγραφὰς ſed συμβόλαια vocarunt. Haec omnia animum non reprimunt. IVSTINIANI dicta quod attinet, nondum intelligo quidquam eſſe abrogatum. Quod vero dicit nomina non amplius eſſe in vſu, hoc certe abrogationem non redolet. Primum enim irridere mihi videtur IMPERATOR veterum imaginariae opinioni, quod his generibus ſcripturae vim obligandi ineſſe crediderint, et alto ſupercilio

contemni

contemnit ſomnia quod nominibus, quod ſcriptura obligationem fieri dixerint, quae non niſi acceſſoria et probationi deſeruiens iuſto haberi debuerit. Deinde cum intellexerit, chirographorum magis quotidianum vſum fuiſſe, ex quibus frequenter, numeratione haud facta, tam malitia creditorum quam negligentia debitorum liqueſceret, operam nauauit, vt et creditoribus proſpiceretur, et debitores cauſſae iacturam metuentes, a deſidia ad mentis agitationem reuocarentur; vt pericula quemuis cautum reddant. Antiquorum itaque cautam obligandi rationem nihil immutauit; Nouitios tantum cautius mercari docuit, quo nullum legislatoris conſilium ſapientius eſſe poteſt. Argentarios an neſcis ex ipſis *nouellis conſtitutionibus et edictis Iuſtiniani* publicum munus habuiſſe. Quis ergo prohibuit quemque ad eorum fidem confugere? Quis vetat patrum familias tabulas? Quis tam obſcure cogitat, vt non collatis debitoris et creditoris tabulis, nominis probationem informari poſſe credat? Doce cauſſam. Et, ni fallor, hodiernis moribus haec omnia, quamquam certo modo temperata, valere cernitur. Libri proxenetarum publicarum, qui ab argentariis parum diſcrepant, annon probant? Dixeris ſemiplene; probant tamen. Mercatorum libri, quos patresfamilias credimus diligentiſſimos, deſides bonis cedunt, annon apud exteros iuramenti fide ſtipati plene probant? Licet apud nos aliter diſpoſitum ſit. Et nonne pariter laude dignum foret, ſi quemque patremfamilias ad tabulas ſuas diligenter et fideliter formandas obſtringeremus? Vel itaque intelliges, mores antiquos nos ſequi, vel dignum eſſe veſtigia premere; quae derelinquentes perdimus fidem. Sic teſtibus quoque et fideiuſſoribus hae tabulae quam maxime commendandae eſſent.

C §. IX.

§. IX.

In his itaque nominum obligationibus, vel nihil, vel parum abrogauit IVSTINIANVS. Videamus an in ſtipulatione ſollemni numerationi de arca et domo conſueta hoc fecerit, dum dicit: *ceſſante ſcilicet verborum obligatione;* Antecedentium coniunctio hanc tantum voluntatem exponit, vt in hac a IVSTINIANO introducta litterarum obligatione nulla requiratur obligatio verbis ſollennibus contrahenda. Verborum obligationem vero omnem exſtirpatam eſſe nunquam mihi perſuaderi patiar. Quantus enim ſtipulationum et IVSTINIANI tempore fuerit vſus, non ignorat, qui tractationes *in Inſtit. de verborum obligationibus, inutilibus ſtipulationibus, fideiuſſionibus, nouationibus, liberationibus,* quaeque et de iis in *Codice* paſſim deprehenduntur, et mediocriter tantum perueſtigauit. Quanquam autem alii CONSTANTINI *conſtitutione in l. 1. C. de formulis et impetrat. action. ſublat.* et IVSTINIANI *ſanctione l. 10. C. de contrah. ſtipulat.* tanto commoueantur opere, vt nullis ſtipulationibus amplius aures praebere velint; Me tamen nec titubantem reddunt; cum ipſarum legum verba hoc tantum praeſtent, vt aucupationes verborum ſcrupuloſaeque formulae tollantur. Omnem autem et ſtipulationum et verborum obligationum vſum obiicientes peſſime concludunt, quod res ipſa docet.

§. X.

Conſtat igitur, niſi mihi ipſi adſentior, antiquis vſitatam nominum obligationem indolem litterarum obligationis plane non habere. Hoc potius demonſtraui, eas obligationes vel ad mutuum vel ad ſtipulationem pertinuiſſe, ſcripturam autem praeter probationem nihil effeciſſe. Omnem itaque reprehen-

ſionem

ſionem incurrunt qui TRIBONIANVM increpant quod in *l. 8. §. 1. D. de fideiuſſor. l. 1. §. 1. D. de nouat. l. 1. §. 3. D. de pactis et l. 1. §. 1. D. de obligat. et action.* obligationum re, verbis, vel conſenſu contractarum, litterarum obligatione omiſſa, mentionem faciat. Inclementior adhuc eſt cenſura MARCILII *ad inſtit. §. vlt. de obligat.* qui omnes has leges, in quibus obligatio litterarum praeterita eſt, interpolatas a TRIBONIANO mira cum fiducia adſerit. Temperantius dicit SCHVLTING *ad Caii inſtit. L. II. t. 9. §. 1.* ideo noluiſſe TRIBONIANVM verbum de litterarum obligatione ineſſe pandectis, ne quis exiſtimaret de illa agi, quae hodie non eſt in vſu. Dic, infeſte MARCILI, vnde tibi haec coniectura venerit, vt coniicere ipſe poſſim, te non ſomniaſſe. CAII obiicies locum? Sed nondum in portum te contuliſti. Omnes a me ſupra laudatae leges, ſi exceperis *legem 1. §. 1. D. de oblig. et action.* ex VLPIANO ſunt. An autem hunc ICtum litterarum obligationis mentionem feciſſe, probare poteris? Nihil penitus. Ergo deſiſtendum eſt ab his calumniis. Ipſam tamen *l. 1. §. 1. adl.* ex CAII libris eſſe, vrgebis. Eſt ex illis, largior, ſed non ex CAII *inſtitutionibus*, ſed e *libris aureorum*, qui ſi non continuerunt obligationem quae litteris contrahitur, nullius culpae eum accuſare par eſt. Numne itaque praeualebit haec coniectura, quod, cum nullus ICtorum celeberrimorum, nec CAIVS ipſe in *libris aureorum* meminerit litterarum obligationis, hic locus ANIANI interpolationibus corruptus ſit? Aut itaque haec mihi eſt concedenda coniectura, aut largiendum eſt erraſſe CAIVM in obligationum generibus commemorandis, quum et litteris fieri ſparſerit. Eoque facilius quemque mihi de errore conuenturum eſſe ſpero,

ſi cum animi contentione §. 12. *I.* CAII legerit, vbi nouationum et delegationum exempla ad illuſtrandam obligationem, quae litteris fieri ab ipſo dicebatur, adferri in propatulo eſt. Idcirco tantum abeſt, vt noſter TRIBONIANVS conuitiis exagitandus, vt potius quam maxime ſit laudandus, quod CAIO nuntium miſerit, remque ab errorum tenebris in lucem protraxerit. Intellexit certe omnes obligationes, quae nominibus fieri dicebantur, vel re, vel verbis contrahi. Quid ergo opus nouo nomine rem obſcurare. Inſtas cum MARCILIO: ſed *l. 38. D. de obligat. et action.* litterarum obligationem commemorat, ergo omitti a Triboniano non debuiſſet. Adiicio ipſam legem, cuius verba haec ſunt: *Non figura litterarum ſed oratione, quam exprimunt litterae, obligamur, quatenus placuit, non minus valere quod ſcriptura, quam quod vocibus lingua figuratis ſignificaretur.* Ergo datur litterarum obligatio? Quae qualis quantaque concluſio! Scriptura valet; Minime tamen obligationem ante tempora IVSTINIANI efficiebat. Non melius MARCILIO et GALVANO conſulitur *l. 2. D. de obligat. et action.* in qua plerumque verba: *Scripturae proprietatem* ſententiae patrocinari credunt. Ego nihil noui ibi, nec vllum litterarum obligationis veſtigium deprehendo: ſcripturae proprietas, ſollemnitatem indicat; Cum itaque dicitur, in illis contractibus qui conſenſu perficiuntur, neque verborum nec ſcripturae proprietatem requiri, reſpicit CAIVS ad antiquam ſtipulationem ſollemnem in ſcripturam redigendam, de qua fuſius ſupra egi. Si vero a contrario quis concludere vellet: Ergo ſunt tamen contractus qui ſcripturam ſollemnem deſiderant, ac litterarum obligationem producunt; Hanc concluſionem tam ineptam dixerim, quam ſi quis adſerat: In emphyteuſi eccleſiaſtica

cleſiaſtica requiritur ſcriptura, ergo haec emphyteuſis eſt contractus litteralis, et litterarum efficit obligationem.

§. XI.

Hae erant illae veterum nominum obligationes quas IVSTINIANVS ab vſu deceſſiſſe adſerebat. Succeſſerunt deinde Graecorum more συγγραφαὶ, quarum a chirographis differentiam ita deſcribit ASCON. PAEDIAN. *in Verrem L. I. c. 36. Inter ſyngraphas et caetera chirographa hoc intereſt, quod in caeteris tantum quae geſta ſunt ſcribi ſolent, in ſyngraphis etiam contra fidem veritatis pactio venit, et non numerata quoque pecunia, aut non integre numerata, pro temporaria voluntate hominum ſcribi ſolent, more inſtitutoque Graecorum et caetera tabulae ab vna parte ſeruari ſolent, ſyngraphae ſignatae vtriusque manu, vtrique parti ſeruandae traduntur.* Litterarum autem obligationem induxiſſe nunquam conſenſerim, quamdiu exceptio non numeratae pecuniae perpetua manſit, vti illa regulariter eſt, quod patet ex *l. 4. §. 16. D. de doli mali except. iuncta l. 5. §. fin. D. eod.* Ita enim ſiue ſyngraphas, ſiue chirographa ad probationis genus tantum pertinuiſſe, dubio vacat. Si itaque litterarum obligationem ab ortu deriuare velimus, ab illis temporibus repetenda eſt, quae conſtitutionem nobis tradunt, qua certo et breuiori tempore incluſa exceptione non numeratae pecuniae, poſt illud plenum vigorem, nulla exceptione labefactandum, litterae habent. Vetus veſtigium quo antiquius mihi non obuenit, deprehenditur in *Codicis Hermogeniani fragmentis, quae vide in* SCHVLTINGII *iurisprud. anteIuſtin. Titulus 1.* eſt *de cauta et non numerata pecunia. Fragmentum* ita ſe habet: *Exceptionem*, ita pro: *executione*, ſecundum *edit. Lugdun. Pariſ.* et *Geneu.* optime legi notat SCHVLTINGIVS,

 non

non numeratae pecuniae non anni ſed quinquennii ſpatio nuper cenſuimus. Scripta VII. Id. April. Caeſ. A. Coſſ. Illud ancipitem tenet mentem, an priuatas ſcripturas, vel ſollemnes cautiones conſtitutio haec attingat. Poſterius inde creditu facilius mihi videtur, quia ſollemnes ſcripturas olim deſiderari probaui, atque ante CONSTANTINI *conſtitutionem in l. 1. C. de formul. et impetrat, action. ſublat.* abrogatam eſſe ſollemnitatem ſcripturae non innoteſcat. Nihilo tamen minus, cum quinquennio euacuata ſit exceptio non numeratae pecuniae, primum litteralis obligationis fundamentum exinde iure colligo.

§. XII.

Iam celebrem et eximia prudentia illuſtrem *tibi beneuole lector*, offero legem. Digna quae tota in viſum reuocaretur. Inuenies eam in CODICE THEODOSIANO *L. XI. t. 27. ſi certum petatur de chirographis. Eſt imperatorum* HONORII THEODOSII et CONSTANTII. Duo praecipua habet capita, alterum de mortuorum, alterum de viuentium chirographis agit. Primi capitis hae ſunt partes: Creditor mortuo debitore, ſi hic abſens fuerit intra iuge, *hoc eſt continuum, quinquennium*, ſi praeſens debitor mortuus intra biennium, iudici competenti publicare cautiones, et debitoris heredes conuenire debet, ſub iactura crediti. Conueniens autem, intra haec conſtituta tempora, heredes, nihilo minus probare debet tam ipſam ſcripturam, quam debiti cauſſam, vel documentis aliis, vel teſtibus. Deficiente eiuſmodi probatione veteratoris ſuſpicionem incidit, et a petitione repellendus, immo puniendus eſt. Secundum caput, viuentium chirographa tractans, tribus conſtat membris: Si negat debitor cautionem, nec inter praeſentes XX. anni et inter abſentes XXX. elapſi ſunt, ſe-

queſtratio

queſtratio pecuniae locum habet, vsque dum litigatio ex falſo ad finem producatur. His autem annis peractis, ceſſante ſequeſtratione, ipſe creditor debitum aliis modis probare tenetur. Sin autem debitor manum fateatur, vrgeat tamen nihil ſibi numeratum eſſe, poſt quinquennium audiendus haud eſt. Poſtremo noua plane additur ſanctio, vt intra duodecennium renouatio debitorum fieri debeat, contra abſentem iudicis impetrandum edictum et poſtibus debitoris adfigendum eſt, domeſtici etiam conueniri poſſunt. Vides quanta ſapientia hi IMPERATORES cautionibus excreſcentem malitiam creditorum pariter atque debitorum compeſcuerint. Pertinet igitur tota ad chirographariam cauſſam, quod ex exceptionis non numeratae pecuniae circumſcriptione prone intelligitur. Tempus quidem quinquennii in hac lege definitum eſſe adſeri nequit, ſed cum ad conſtituta iam tempora ſe referat, vix improbabitur coniectura, quod ad ſupra collatum fragmentum codicis Hermogeniani reſpiciat, in quo quinquennium definiri, iam expoſui. Sane non dubitatur, Iuſtinianum in reformanda litterarum obligatione has duas antiquas leges ante oculos habuiſſe, et ſi tempora exceperis, dici poterit prudentiam hanc in ſuis legibus, quae et in codice de non numerata pecunia deprehenduntur, imitatum eſſe.

§. XIII.

Vt ergo IVSTINIANI tempora et huius obligationis naturam reformatam rite intelligamus, locum addam §. *I. de litterar. obligat.* vbi ſedes chirographarii contractus et litterarum obligationis conſpicitur. *Plane,* inquit IMPERATOR, *ſi quis ſe debere ſcripſerit, quod ei numeratum non eſt: de pecunia minime numerata, poſt multum temporis exceptionem opponere non poteſt;*

poteſt; hoc enim ſaepiſſime conſtitutum eſt. Sic fit vt hodie, dum queri non poteſt, ſcriptura obligetur et ex ea naſcitur condictio, ceſſante ſcilicet verborum obligatione. Multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus conſtitutionibus vſque ad quinquennium procedebat, ſed ne creditores diutius poſſint ſuis pecuniis forſitan defraudari, per conſtitutionem noſtram tempus coarctatum eſt, vt vltra biennii metas huius modi exceptio minime extendatur. Adde ad pleniorem cognitionem *l. 14. C. de non numer. pecun.* Ex quibus haec *contractus chirographarii* definitio dimanat: *Eſt contractus litteralis, quo quis ſpe futurae numerationis pecuniam mutuo ſe accepiſſe confitetur, poſt biennium chirographum dantem efficaciter obligans.* Deſcendit exinde *condictio certi ex litteris* ſiue *chirographo*, quae eſt actio perſonalis, creditori qui chirographum accepit aduerſus debitorem competens, ad illud, quod in chirographo ſe accepiſſe confeſſus eſt, reſtituendum. Nec tyronem fugit hanc obligationem mere ciuilem eſſe. Quo enim principio non ſolutum repeti poſſe credi poteſt? Interim tamen naturae regulis repugnare aegrius concedo, quo iuſtius eſt deſides patresfamilias ad agitandam rerum ſuarum curam poenis excitare, malitiamque ingraueſcentem reprimere. Seceſſionem autem a vulgata DD. opinione facere cogor, qui ciuiles obligationes omnes aequitate Praetoria excludi, neſcio quo principio, defendere conantur. Non ignoro quaſdam earum a praetore reprobari, de omnibus autem hoc inconſulto adſeri mihi videtur. In obligatione ex re iudicata, licet ſententia iniqua pronuntiata, hoc fieri difficillimum eſt demonſtratu, immo falſum. Eandem illis litem mouebo, qui hoc de litterarum obligatione contendunt; nam infra docebo exceptionem

nem non numeratae pecuniae contra actionem ex contractu chirographario deſcendentem plane non dari, adfirmant. Quam ob cauſſam et hanc ſpeciem ciuilis obligationis ad eas refero, quam aequitas praetoria minime reprobauit. Et cerebrinam quidem ac ipſam reprobandam ducerem. Aequitati potius quam maxime conformis eſt litterarum obligatio, quod ante deducta probant.

§. XIV.

Vt diſtinctius de cautionibus capiendis iudicare, poſſimus, requiſita prius enodabo, conſecutionibus exinde deductis: I) vt chirographum ſit datum, II) vt ex cauſa mutui ſit datum, III) Vt biennium taciturnitate debitoris ſit elapſum. Quod primum fundamentum attinet, proprie loquendo chirographa quamuis ſcripturam, debiti confeſſionem continentem complectuntur. Quae a veteribus Graecis χειρόγραφα a recentioribus ἰδιόχειρα vocantur. A quibus συγγραφὰς in eo differre ſcimus, quod vtriusque partis ſubſcriptionem habeant. Cumque hoc nouioribus temporibus in bilateralibus plerumque contractibus fieri ſoleat, his συγγραφὰς, chirographa vero vnilateralibus contractibus adplicant. Hallucinatur ALCIATVS *parerg. L. III.* qui chirographa polypticos libros vocat, qui tamen rationes publicas potius denotant. Vnde *l. 2. C. Theodoſ. de diſcuſſ. rationibus publicis id eſt polypticis* dicitur, *confer. l. 13. eiusd. Cod. de iud. deb.* Polyptichos vero curatius dixeris, cum illae chartae πολλὰς ἀποκλείσεις ὅιον πτυχὰς contineant. Nihil autem intererit, ſiue quis propria manu conſcripſerit, ſiue ſubſcripſerit tantum, ſiue alius ipſius nomine ſcripſerit et ſubſcripſerit. Vltimo vero caſu ἰδιόχειρον male adpellaretur. Conſequor ex hoc primo requiſito quod omnino

hoc chirographum ſiue litterae, quae cautiones in iure noſtro dicuntur, omne ſint et primum huius obligationis fundamentum. Quod nomen *litterarum obligationis* ſatis comprobat, partim ex *§. vn. I. de litter. oblig.* conſtat, vbi IMPERATOR eum qui ſe debere ſcripſit *ſcriptura obligari* et ex ea *naſci obligationem* dicit, ſuffragante *§. vlt. I. de oblig. verbis: aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut litteris aut conſenſu.* Quae licet haud placeant BACHOVIO *Vol. I. diſp. XX. th. 2. litt. B.* cuius rationes WISSENBACH *ad inſtit. diſp. XXXIIII. th. 21.* ſuo ſuffragio confirmat et IO. FR. BOECKELMANN *in comment. ad digeſta L. XII. tit. 1. §. 13.* cum eoque NIC. MARTINI *in diſſ. de mutuo praeſumto* ſententiam impugnent, nihil tamen muto.

§. XV.

Operoſiſſimus fuit MARTINI in congerendis rationibus pro praeſumto mutuo pugnantibus, quare de his quanta potero breuitate circumſpiciam. MARTINI rationes hae ſunt: α) Quoniam ICti trium tantummodo obligationum, nullius vero litterarum obligationis mentionem faciant. Sed oblitus forſan eſt CAII *inſtitutionum* et IVSTINIANI, ac meminiſſe quoque par erat nullam olim exſtitiſſe obligationem ex litteris, adeoque ex ſcriptis ICtorum et edictis praetorum, quibus conflatum digeſtorum corpus, illa deduci haud poterat. Principum autem conſtitutiones nouam hanc obligationis ſpeciem inuenerunt. Inſtat β) porro MARTINI, quod ipſa ſcriptura aliam contineat cauſſam, pecuniae ſcilicet numerationem, quae actoris actionem fundet, et cui reus contradicat. At enim vero hoc ipſum adſertum a natura litterarum obligationis prorſus abit. Contracta quippe litterarum obligatione non quaeritur

amplius

amplius an quidquam ſit numeratum. Ad hoc tantummodo attendere debemus, an confeſſio adſit de mutuo accepto debito. A qua quum biennium praeterierit, debitor numerationi contradicere nequit. Idcirco non numeratio ſed chirographum verum fundamentum habet. Non grauioris ponderis eſt γ) quod ſi ſcriptura fundamentum eſſet, actor ſemper obtineret, modo reum ſcripſiſſe probauerit, hoc vero non ita procederet, dum reus non ſcripturam, ſed numerationem abnegaret, actorque ius, non quod ſcripſerit reus, ſed quod acceperit praetenderet. Nam expeditum quidem eſt, reo ſcripturam negante, probationem eius actori incumbere. Hac vero probatione feliciter acta, ſi biennium iam effluxerit, non amplius reo aditus ad negandam numerationem datur, nihil enim intereſt, ſiue numeratio ſit facta, ſiue non, ſatis quod ſcriptura demonſtretur. Quam ob rem etiam δ) adſertum corruit, quod ita reus non condemnaretur propter ſcripturam, ſed propter probatam ab actore numerationem, quod tamen fieri deberet, ſi ſcriptura ille obligaretur. Poſterius veritati conuenit, cum autem prius ex falſo praeſuppito defluxerit, nauci omne, quod obiicitur, eſt habendum. Nouam ε) exinde exſculpere ſtudet rationem quod IVSTINIANVS non primo hanc obligationem introduxerit, ſed iam veteribus ICtis atque imperatoribus nota fuerit, vti illud adparere ex *tot. tit. C. de non numer. pec.* ſibi finxit. Ita ergo concludere haud dubie tentat: quod cum veteribus ICtis et imperatoribus ante IVSTINIANVM cognita fuerit, nec tamen litterarum obligationis mentio fiat, litterae obligationis fundamentum eſſe nequeant. Error grauis tam in antecedentibus, quam in concluſione inuenitur. In ſcriptis enim veterum ICtorum litterarum obligationem inueniri nego, et

 ſupra

ſupra hoc iam demonſtraui. Illos enim compertos habuiſſe, diuinando quaſi, obligationem quam deinceps imperatores inuenerunt, nemo et leuiter tinctus adſeret. Quae ab imperatoribus vero informata ſunt, exſtant, adeoque ad conſequendum nihil omnino ſupereſt. Prouocat quidem ζ) ad *l. 9. C. de non num. pecun.* in qua omne fundamentum in numeratione poni pro vero venditat. Dubito vero an ſerio haec dixerit, mallem iocum haberi, vt parcamus viro. Magnus mihi eris Apollo, qui ex hac lege caſum erues, vbi ex litterarum obligatione actio erat inſtituta, de quo et cogitaſſe tantum imperatores vitium habetur. Verba ex initio legis: *Cum vltra hoc quod accepit re obligari neminem poſſe conſtat:* luculenter demonſtrant ex mutuo, adeoque reali contractu, actum eſſe, in quo nihil quod ſolutum non eſt, repeti poſſe, ſuperficiaria tantum inſtructus ſcientia non dubitabit *l. 2. §. 3. l. 11. D. de reb. cred.* et alibi paſſim. Ac ſequentia verba: *ſi nec dum tempus intra quod huius rei querela deferri debet tranſiit*, hoc optime confirmant, ſi quidem, quamdiu *queri poteſt*, nulla exiſtit litterarum obligatio, *§. vn. I. de litter. oblig.* de qua re in exponendo tertio requiſito fuſius agam. Si aliquid eſt quod ipſius ſententiae lucem accendere videtur, ſunt certe η) verba IVSTINIANI *in adleg. §. ne pecuniis vlterius fraudari creditores poſſint*, quae etiam voto ex aſſe reſpondere credidit, cum creditores fraudati dici nequeant, ſi numeratio facta haud ſit. Infra horum verborum ſignificatum dabo. Illud hic ſufficiet, quodſi veram numerationem requirere velimus, nulla plane vnquam litterarum ſed rei eſſet obligatio. Quod quo modo ferri poſſit diſpice. Reliquum quod ipſi eſt argumentum, a quorundam ICtorum ſuffragatione deriuatum, parui pendeo, cum raro vnus erret.

§. XVI.

§. XVI.

Errant itaque, qui in praeſumto mutuo firmum quaerunt praeſidium; cum mutuum re, non praeſumtione contrahatur. Errant qui praeſumtam numerationem fundamentum habent; cum in litterarum obligatione non amplius de numeratione quaeſtio ſit, non quod praeſumatur lege, de qua praeſumtione nihil exſtat, ſed quia ſcriptum eſt. Sed imprudentius hi errant, quos tempus biennii modum conſtituendae obligationis conſtituere non pudet. Tempus quod conſtituat obligationem, an vnquam in legibus inueniſti? An tempus eſt factum obligatorium? Miror THOMASIVM *in ſchol. ad Huberi praelect. iur. ciu. ad inſtit. tit. de liter. oblig. ſchol. ad §. 4. l. 44. §. 1. D. de O. et A.* adduxiſſe, vt exinde demonſtret obligationem tempore conſtitui haud poſſe. Perſpice, quaeſo, legem. Obligationem ad tempus conſtitui non poſſe dicitur, quod in ſtipulatione olim obtinuiſſe conſtat. Qualis autem inde concluſio? Confectam, opinor litem, de litteris vero litterarum obligationis fundamento conſtituendo. Quo nomine ante omnia conſtare debet, debitoris hanc eſſe ſcripturam, quam creditor ad fundamentum actionis profert. Duplex igitur aliis videtur quaeſtio: an ſcriptura haec ſit quae adſeritur, an numeratum ſit. Poſteriorem plane eliminandam cenſeo, cum in litterarum obligatione nihil referat an numeratio facta nec ne. Prior huius loci eſt. Quod ſi debitor hanc ſuam non agnoſcat ſcripturam, in diuerſas partes eundum eſt, pro diſtincta iuris communis et Saxonici diſpoſitione. Communi iure, negante reo actori imcumbet probatio, hanc debitoris eſſe ſcripturam, vel minimum ipſius voluntate exaratam; in qua ſi ſuccumbat actor, actione cadit et reus eſt abſoluendus.

 Longe

Longe aliter vero res iure Saxonico procedit. Hoc enim documenta vel recognoſcenda, vel diffitenda. Nunquam itaque actori probatio incumbit, potiſſimum in proceſſu executiuo; At ſi, reo forſan ad diffitendum ſe offerente, illum actor admittere nolit, ſcimus executiuum proceſſum tunc eſſe derelinquendum, ac, ordinario deinceps inſtituto, eadem probatio tunc ad actoris officium pertinet. Haec dum pauci ignorant, probatione non indigent. Caue autem, maleuole debitor, ne improbo conſilio neges; actore enim probante vel teſtibus, vel aliis documentis, ſcripturam tuam eſſe, ſcias te dupli luere poenam. Quae poena et in malitioſam numerationis negationem, et in creditorem ſolutionem factam improbe inficiantem ſtatuta eſt in *Nou. XVIII. c. 8. auth. Contra qui C. de non. num. pecun.* Nec, ſi iuramento a creditore deſuper delato, illud deteſtans debitor tandem confiteatur, eundem ab hac poena omnem relaxationem habere tuto adfirmo. Scio quidem plerorumque ICtorum opinione in hoc caſu poenam inficiationis euacuari. Sed nuncium ipſis mittere iubet *dicta nouel.* Dupli quidem poena omnino ceſſat, ſed alia ipſum pertinaciter negantem exſpectat. Ita enim diſtinguit *nouella:* Si actor ſtatim neganti iusiurandum deferat, et ille, hoc declinans, confiteatur, vacuus et immunis eſt ab inficiationis poena. Sin autem protracta lite, deinde actor iusiurandum deferat, tandemque iurare nolens, adfirmet negatum, ad praeſtandas expenſas condemnabitur. Quod merito poenis accenſes, cum alias lite per iusiurandum ſopita, compenſari ſoleant expenſae.

§. XVII.

Pergo ad ſecundum requiſitum: *vt ex cauſa mutui chirographum ſit datum.* Eſt et hoc plurimis doctorum controuerſiis,

uerſiis, vt fata iuris prudentiae eſſe ſolent, vexatum. Scio quoque rem a multis iam eſſe tractatam. Nihil me deterret. Nihil ſane proferri poteſt, quod non ab aliis ſcriptum ſit. Nihil ſcriptum eſt, cui non aliquid poſſit addi. Et vt prius de mea ſententia te reddam conſtantiorem, rationes colligam collectaque arma in diſſentientes feram. Nemo, niſi plane imperitus, in dubium vocabit et verbis, et re, et conſenſu, iam antiquioribus temporibus contractus perfici. Nouum itaque obligationis genus, quod litteris perficeretur, voluiſſe imperatores introducere vix ambigitur. Ergo quodcunque negotium iam vel verbis, vel re, vel conſenſu perfectum eſt, illud ſi litterae accedant, non perfectum demum, nec perfectius redditur, ſed litterae acceſſorium tantum habentur, vel ſi mauis, ad facilorem probationem tendunt. Alia longe eſt ratio litterarum obligationis, quae, niſi litterae eſſent, plane nullam perfectionis cauſſam haberet, niſi in litteris ita ſcriptum eſſet, et hae ſolae litterae producunt obligationem; Indeque IMPERATOR ſanxit: *ſcriptura obligari ſcribentem, et ex ſcriptura naſci obligationem.* Quidquid enim per ſe perfectum eſt, alia perfectione haud indiget. Aut ergo re, aut verbis, aut conſenſu iam perfectus eſt contractus; et quid iuuant litterae, niſi vt probent? Aut re, aut verbis, aut conſenſu perficiendus erat contractus; nec eum perficient litterae, niſi in mutuo lapſu biennii litteris confirmato. Peſſime adeo quis concluderet: Vbicunque chirographum eſt datum et biennium praeterlapſum, ibi eſt litterarum obligatio. Optime haec exponit VINNIVS *ad tit. I. de litter. oblig.* Quasdam cautiones et confesſiones debiti plane inutiles dicit, ſcilicet, quae cauſſam debendi non continent, quas indiſcretas vocant, quales ſunt, ſi quis confeſſus

feſſus eſt ſe debere, nulla nominatim expreſſa cauſſa, propter quam debeatur. Indiſcretae rite vocantur ex *l. 25. §. fin. D. de probat. et praeſumt.* verb. *et indiſcrete loquitur*, quod verba ſequentia magis declarant: *niſi ipſe ſpecialiter qui cautionem expoſuit, cauſſas explanauit.* Quam ob cauſſam etiam in *l. 13. C. de non num. pec.* expreſſe dicitur: *eamque cauſſam ſpecialiter promiſſor dixerit*; Caeterae, pergit VINNIVS, *all. l. quae certam debendi cauſſam continent, vtiles quidem ſunt, ſed non omnium vna eſt vis idemque effectus: Harum etenim quaedam ad probationem tantum et fidem rei geſtae valent, ad obligationem nunquam, quaedam vim habent obligationis, nunquam ſolius probationis.* Ac ad prioris generis refert chirographa, non de mutua pecunia data, ad poſterioris generis vero chirographa de credita pecunia tradita. Haec ſi probe ſeiunxeris, nunquam contra principia litterarum obligationis illides.

§. XVIII.

Praeterea adcurate notes *l. 5. et 13. C. de non num. pec.* In *priori lege* manifeſte ſatis dicitur: *exceptionem non numeratae pecuniae ibi locum habere vbi quaſi credita pecunia petitur.* Igitur non in alio chirographo, niſi quod mutui cauſſam continet, obtinebit. Quod ſi te forſan ambiguum teneat *l. 1. D. de reb. cred.* vbi creditum, in generaliori ſignificatu, pro omni negotio in quo alterius fidem ſequimur accipitur, et hoc nomine creditae pecuniae ſignificationem facili negotio de commodato, depoſito et reliquis eius generis contractibus intelligi poſſe credideris; Sequentia verba *alleg. leg.* reuocabunt animum ad conſtantiam, in quibus ita dicitur: *Cum autem* EX PRAECEDENTE CAVSSA *debiti in chirographum quantitas redigitur, non requiritur an tum cum cauebatur numerata*

ſit,

ſit, ſed AN IVSTA CAVSSA DEBITI PRAECESSERIT. Iam omnes reliquos contractus conſideres, ſiue verbis, ſiue litteris, ſiue conſenſu colligati ſint, iam antecedit cauſſa, cum perfectus ſit contractus, poſtea autem antecedens ſcriptura rei geſtae tantum memoriam tradit. Igitur litterarum obligatio nihil ad reliquos contractus pertinere poteſt. Conſpirat cum his a me dictis *l. 13. C. eod.* in qua generaliter ſancitum eſt: *vt ſi quid ſcriptis cautum fuerit pro quibuscunque pecuniis* EX ANTECEDENTE CAVSSA *deſcendentibus*, *eamque cauſſam ſpecialiter edixerit*, *non iam ei licentia ſit cauſſae probationem ſtipulatorem exigere, cum ſuis confeſſionibus adquieſcere debeat*. Non eſt quod obiicias, etiam in chirographo, ex quo litterarum obligatio deſcendere debet, mutui cauſſam antecedentem adeſſe, et in ſcriptura exprimi; Numeratio facta non eſt, hinc mutui cauſſam anteceſſiſſe inconſulto diceretur. Rem etiam luculentius probat IVSTINIANVS *l. 14. C. de non num. pecun.* vbi dicit: *in contractibus in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae eſſe conſcribuntur.* Quibus verbis imperatorem omnes *fungibiles res* in quibus mutuum conſtitui poteſt deſignaſſe eo certius redditur, quod in *§. 1. eiusd. leg.* expreſſe in depoſito certarum rerum vel pecuniarum, ne antepoſita verba ſcrupulum iniicere poſſint, conſtituit, talem exceptionem, id eſt tanto priuilegio ornatam, qualis contractui litterali obiici poteſt, locum non inuenire. Illud autem mihi intellexiſſe videor, plerorumque errorem in hac materia inde promanaſſe, quod in omnibus negotiis in quibus exceptio non numeratae pecuniae opponi poteſt, litterarum obligationes ſubeſſe ſibi perſuadeant. Quod, quam peruerſe cogitetur, oppido patet, ſi conſideramus exceptionem hanc et contra apocham

dari; litterarum vero obligationem ex apocha naſci, tam ineptum eſt dictu quam cogitatu. Ita quoque intelliges contra depoſiti inſtrumentum exceptionem non numeratae pecuniae, quae depoſita in inſtrumento dicitur, vel exceptionem non adimpleti contractus, quae in omnis generis contractibus fere adplicatur, opponi poſſe, ſed inde peſſime conſequeris contractum depoſiti realem declinaſſe in contractum litteralem, et ſcripturam conſtituere obligationem. Nec aptius concludis hanc non numeratae pecuniae exceptionem priuilegiis iisdem eſſe ſtipatam, ac ſi contra litteras oppoſita eſſet. Quod ſi quis meae inſtantiae obſtare crediderit, ipſam *l. 14. C. de non num. pec.* quae exceptionem non numeratae pecuniae in depoſito expungere videtur, doleo quod ipſi videatur, mihi et plerisque non videtur, cum *talis* tantum, ſcilicet priuilegiata antecedentibus legibus, exceptio non inueniat locum.

§. XIX.

Quum vero nihil ſine ratione ſit ſtatuendum, tradam eam, quae mutuo tantum accommodat litterarum obligationem. Et noſtrarum aetatum experientia docet, quam improuide ſaepe, et plerumque neceſſitatibus preſſi, in conflando aere alieno verſentur homines, quam creduli que ſint, timentes, ne diffidentia quadam creditori ſe ſuſpectos reddant, et eum a propoſito ipſorum anguſtiis medendi auocent; et quam frequenter creditores hac debitorum adflictione abutantur, chirographaque, numeratione nondum facta, blandis perſuaſionibus eos circumſcribentes, ſubducant. Quotidiana haec quaſi Romanis fuit eiulatio, quotidiani et hodie ſunt fletus. Idcirco laudandum eſt imperatorum conſilium, debitores ad prouidentiam, creditores ad fidem exercendam excitans. In aliis autem

contra-

contractibus circumſpectiores plerumque, ac tantis neceſſitatibus non vrgentibus, proniores ad diffidentiam, quam nimiam confidentiam homines reperies.

§. XX.

Cauſas meae ſententiae recenſui, videamus quid diſſentientes obmouere ſoleant. Longum, immo inutile foret ſingulos commemorare. Adducam in praeſenti tantum *Perill.* SAM. DE COCCEII *in iur. ciu. controu.* Adſerit *Vir Celeberrimus ad Tit. D. de reb. cred. qu.* 20. toties adeſſe litterarum obligationem, quoties animus ſcriptis ſe obligandi et cauendi adſit. Quae ſi vera eſſent, non opus ſane foret quatuor genera contractuum realium, verbalium, litteralium et conſenſualium efformare. Dicendum fuiſſet omnes contractus reales verbales et conſenſuales litterales quoque fieri poſſe. Quod quemadmodum principiis conſentiat, non perſpicio. Addenda igitur fuiſſet demonſtratio, quae tamen nec ex ipſis allegatis legibus quadam ratione adparet. *L. 38. D. de oblig. et action.* valere dicit quod ſcriptura ſignificatur. Valebit autem tanquam medium probandi, neutiquam tanquam medium perficiendi contractum. Quid vero verba *§. vn. I. de litter. oblig. ſic fit vt et hodie, dum quaeri non poteſt, ſcriptura obligetur;* probare poſſint, non coniicio. Speciem haberent veritatis, niſi antecedentia verba et hanc obſcurarent, eaque coniungere contextus requirit. Multo minus adſeri poteſt cum ipſo, in emtione ex ſcriptura obligationem oriri, ſi hoc actum ſit. Id quidem lubens fateor, partes ita conuenire poſſe, vt contractus emtionis per ſcripturam demum perficiatur, quod docet *pr. I. de emt. vendit.* Nego autem ex ſcriptura oriri obligationem, ſed oritur ex conſenſu in rem pro certo pretio transferendam, qui conſenſus niſi in ſcriptura ad-

eſſet, nulla plane ſubeſſet obligatio ex emtione venditione. Pone enim exaratam eſſe hanc ſcripturam de emtione venditione, et ſubſcriptam quoque a partibus, emtorem vero vrgere, ſe nunquam conſenſiſſe in ea quae ſcriptura continentur, et dolo inductum eſſe ad ſubſcriptionem? Aut denegas emtori hoc auxilium, et nihil, credo, dictu eſſe iniquius, nec lex hanc iniquitatem adprobat; Aut admittis eum ad hanc probationem, et certo defluit non litteras ſed conſenſum efficere obligationem. Si contra me vrgere placet, quod et in chirographis ideo obligatio inſit, quia dicit debitor ſibi numeratum eſſe. Habes me iure refragantem. In litterarum enim obligatione non quaeritur, quod numeratum, ſed quod ſcriptum eſt, de quo ſupra. *Legis 14. C. de non num. pec.* explanationem cum iam antea dederim, non immorabor in eius diſſolutione, neque *legi 2. §. 3. in fin. D. de doli mali et met. except.* diutius inhaerebo, quippe quae non de litterarum, ſed de verborum obligatione loquitur, nec etiam aliam niſi creditae pecuniae cauſſam exhibet.

§. XXI.

Perill. Vir in quaeſt. 23. defendere ſtudet in omnibus negotiis, quibus quis traditione obligatur ad reſtituendum, exceptionem non numeratae pecuniae locum habere, cum eadem aequitatis militet ratio, quod ſpe accipiendi ſcripſerit. Pace autem *tanti Viri*, error omnino in eo latet, quod exceptionem non numeratae pecuniae generalem, cum illa quae ſpeciatim priuilegiata eſt confundat. Cumque hoc priuilegium et exorbitans ius ad conſequentiam trahi non debeat, ad reliqua negotia, excepto mutuo, tanto minus pertinebit, quo certior diſcriminis ratio ex ſuperiori tractatione patet. Ad leges ab ipſo adlatas me verto. *Legis 15. C. de non num. pecun.*

cun. explanationem iam dedi; *Lex* vero *l. C. Si pign. conuent. numerat. non ſecuta ſit* nec ſpeciem adfert. Scimus contractum pignoratitium eiusque obligationem iure acceſſionis cenſeri, nec conſiſtere poſſe niſi principale debitum adſit, hinc tam in *leg. adleg.* quam in *l. 1. C. de non num. pec.* quae eadem cum priori eſt dicitur: *nam intentio dati pignoris, nec numeratae pecuniae, non aliter tenebit, quam de fide debiti conſtat.* Quod ſi itaque ipſum caſum pignoris ob mutuum dati conſideramus, facilis eſt conciliatio: Ante biennium, olim quinquennium, in litteris debito ſcripto, de fide debiti nondum conſtat, ergo pignus repetere poteſt, niſi pignus poſſidens creditor alio modo probauerit veritatem. Poſt hoc biennium autem elapſum, de fide debiti ex ipſa ſcriptura ſiue cautione conſtat, ergo pignus petere nequit debitor, niſi debiti vinculum fuerit diſſolutum. Eademque ratio habenda, ſi pignus debitor poſſideat, et contra actorem exceptione non numeratae pecuniae vtatur. De actione qua debitor ex *hac lege* experiri queat, diſputare non huius eſt loci, neque tamen verba: *in rem poteris experiri* me dubitare ſinunt, quod rei vindicatio locum ſortiatur. Confectam iam controuerſiam crederem, niſi exemplum, quod de dote attulit, ſpem retineret. Non leuiter hoc argumentum rem tangit. Omnes fere conſpirant, confeſſionem acceptae dotis in litteris, litterarum obligationis ſpeciem habere, et in *tot. tit. C. de dote cauta non numer.* tutum praeſidium quaerunt. Re autem adcuratius penſitata, ipſorum caſtra derelinquere cogor, nec verum litterarum obligationis veſtigium inuenio. Primo ex *tot. tit. C. de rei vxor. act. in ex ſtipul. act. transfuſa* vberrime adparet, nullam aliam actionem pro repetenda dote, niſi *ex ſtipulatu*

competere, ſiue promiſſio in ſcriptis de reſtituenda dote ſit facta, ſiue non. Et ipſa actio itaque ex ſtipulatu demonſtrat, ex ſtipulatione naſci et obligationem et actionem. Quomodo ergo ex ſcriptura naſci poterit? Deinde audias *l. 1. C. de dote cauta non numer. Dotem,* inquiunt IMPERATORES SEVERVS et ANTONINVS, *numeratio* NON SCRIPTVRA *dotalis inſtrumenti facit, et ideo non ignoras ita demum te ad petitionem dotis admitti poſſe, ſi dotem a te* REIPSA *datam probatura es.* Collige exinde quam leue pondus ſcriptura habeat, et te mihi conſenſurum eſſe, ſpero, hanc obligationem ex ſcriptura eſſe haud poſſe. Durum forſan videbitur, quod ſcriptura probationem hic ſubleuare non debeat, ſed cenſuram temperat *l. 3. Iuſtiniani alleg. tit.* vbi haec ratio ſcripturae fidem labefactans adfertur: *quod pecunias dotales datas eſſe dotalibus inſtrumentis conſcribi moris ſit, cum adhuc nulla datio, ſed pollicitatio tantum ſubſecuta ſit.* Durante itaque matrimonio maritus qui ſpe futurae numerationis in ſcriptura confeſſus eſt ſe dotem accepiſſe, licet longo tempore iam fuerit initum matrimonium, maritus contra promittentem condictione ex *l. 6. C. de dot. promiſſ.* experiri poterit, cui actioni ſi reus inſtrumentum dotale opponat, nihil probationis ipſi dabit, niſi aliunde numerationem demonſtrare poſſit. IVSTINIANVS vero hunc rigorem quodammodo moderaturus *l. 3. C. eod.* eam diſpoſitionem ad tempus conſtantis matrimonii reſtrinxit. Sin vero matrimonium vel morte vel diuortio diſſolutum ſit, poſt annum, illum qui in ſcriptis confeſſus eſt dotem ſe ſuſcepiſſe, exceptione non numeratae pecuniae vel dotis plane non audiri iuſſit. Longe vero commutauit haec IVSTINIANVS in *nou.* C. eiusque *c. 1. et 2.* tempora per

quae

quae matrimonium ſtetit diſcernens, ita, vt intra biennium matrimonio diſtracto, per anni ſpatium; poſt biennium, inter decennium tamen ſoluto, per tres menſes querela de non numerata pecunia competat. Poſt decennium vero coniugio finito, nullo modo querelae non numeratae pecuniae aditus pateat, ſed omni exceptione exutus reſtituere dotem teneatur, niſi minorennibus reſtitutio in integrum competat. Nulla vero inde ratione conſecutio valet, hanc ex litteris eſſe obligationem. Latius iam dixi et probaui, nullam aliam ad dotem repetendam actionem competere quam *actionem ex ſtipulatu*, cuius fundamentum non litterae ſunt, ſed ſtipulationis tantum probatio; Eaeque poſt hoc tempus elapſum tam perfecte probant, vt nulla contrarii probatio inueniat locum. Cum adeo ſcripturam antecedat ſtipulationis cauſſa et *actio ex ſtipulatu non condictio ex litteris* competat, ex ſcriptis non deſcendere obligationem, oppido patet. Ac ne ſubtilius nimis haec a me excogitata eſſe, quis ſuſpicetur, quemque ad lectionem *praefat. et cap. 1. dict. nou. C.* inuitatum cupio. In *praefat.* haec verba inueniuntur: *et liberare a probatione mulieres in talibus ex longo tempore exiſtimauimus*, et in *cap. 1.* dicitur: *Vbi enim licet, in prolixo ſic tempore proponere querelam, ſi tacere elegerit, palam eſt voluiſſe, vel ſi non accepit dotem, omnino eum aut ſuos reddere heredes.*

§. XXII.

Supereſt, vt de tertio requiſito diſſeram, nempe, *vt biennium elapſum ſit.* De biennio quidem, continuo a tempore chirographi dati computando, a IVSTINIANO quinquennio, quod olim erat, ſurrogato, nemo dubitabit. Aperte docet *§. vn. I. de litter. obligat.* et *l. 14. C. de non num. pecun.* At enim

vero

vero de hoc copioſe et grauiter ſatis diſceptatur, an ante biennium litterarum nulla ſit obligatio, nullaque actio? Pleroſque ſi euolueris, in omnibus enim compendiis circumerrante hac opinione, inutile foret paginas longa hac enarratione explere, diſtinctio ante oculos venit inter actionem natam, et cum effectu inſtituendam. Ante elapſum biennium naſci obligationem, poſt illud tempus efficacem demum eſſe, contendunt. Ne ficta haec videantur, legantur BERGER. *in reſolut. LL. obſtant. XII. tit. 1. qu. 2.* et *Perilluſtr. de* COCCEII *in iure ciu. controu. ad eund. tit. qu. 21.* Si vnquam, in hoc maxime argumento hanc diſtinctionem expellendam duco. Comparemus ipſas legum conſtitutiones, adparebit non modo hoc diſcrimen non inueniri, ſed euidentiſſime tolli. Primo me ad §. vn. *I. de litter. oblig.* confero. Quid eſt luculentius verbis IMPERATORIS: *ſic ſit, vt hodie,* DVM QVERI NON POTEST, *ſcriptura obligetur, et ex ea naſcitur condictio.* Ab oppoſito ergo valet concluſio, aut logica in exilium mittitur, intra biennium queri adhuc poteſt, quia datur exceptio, quia competit querela non numeratae pecuniae, quia conceditur condictio ſine cauſſa, aut cauſſa data cauſſa non ſecuta, ergo non ſcriptura obligatur, ergo nec naſcitur actio. Miror ſane quod *Celeberrimi Viri* textum hunc dilaceratum velint, credentes verba haec non de nata obligatione, ſed de effectu obligationis loqui. Vbicunque enim naſcitur obligatio, et naſci debet actio. Atqui, vt ſupra habes, tunc demum naſcitur actio, dum queri non poteſt, ſed dum queri poteſt, naſci nequit. Oppoſitorum quippe oppoſita eſt ratio. Hinc porro infero. Si non naſcitur actio, nec naſcitur obligatio. Neutrum enim ſeparari poteſt. Neſcio autem quid ſtomachetur MARCILIVS *ad I. h. t. Male*

autem,

autem, inquit, *ſcriptum eſt hoc §pho dum queri non poteſt, nam eſſe debet: dum queri poteſt.* Cur autem, MARCILI, ita eſſe debet? Reſpondes, vt habent verba tua: *conteſtatio nempe illa quaſi querela eſt l. 8. C. de non num. pec.* Eheu! quam triſtis rationis adſpectus! Ratiócinaris, vt, perperam te cogitaſſe, ratiocinari ipſi poſſimus. Refutarem haec, niſi iniurioſum me erga lectorem crederem, ſi dubitarem, quin intelligeret commentum.

§. XXIII.

Pergo in demonſtratione meae ſententiae. Componamus *l. 3. et 10. C. de non num. pec.* Intra tempus quod non numeratae pecuniae exceptioni eſt datum, conueniens creditor debitorem, nec ad probationem vti poteſt chirographo, ſed aliunde arceſſere tenetur probationes, alias reus abſoluitur. Ita ergo conſequor. Quidquid nec probat debitum, illud nec fundamentum debiti eſſe poteſt. Atqui ſcriptura nec ante tempus conſtitutum probat debitum, ergo. Hoc tamen non obſtante ipſi ſupra laudati diſſentientes hanc *l. 3.* in ſuas partes trahere contendunt. Conſenſum elicere ſtudent ex verbis: *ſi ex cautione tua conueniri coeperis;* Sed in his nihil patrocinii inuenio. Sane ſi quaeuis actio quae inſtituitur vera et iuſta eſſet, nequiſſimi omnium mortalium homunciones largam nequitiae meſſem reportarent. Refert igitur, vt ſciamus an actio iure competat nec ne. Condictio autem certi ex litteris, quod iam docui, ante biennium iure inſtitui nequit. Forſan hoc erit, quod ipſorum ſententiae fidem dare opinantur: Exiſtimabunt nempe inde probatu facillimum eſſe, quod actio ſummo ſeu

ſubtili minimum iure competere debeat, cum exceptio non numeratae pecuniae data ſit ad exantlandas actionis vires. Siquidem, actionem nullo iure ſuffragante inſtitutam, iudex ſuo ſtatim officio depellere debeat. Infirmiora haec non curo. Conueniamus modo, qualem creditor intra biennium inſtituerit actionem. Si condictione certi ex litteris experiri coeperit, ſolum fundamentum in litteris et confeſſione numerationis ponens, improbe, auare, et vel imprudenter vel malitioſe ageret iudex, ſi actorem non ſtatim a limine iudicii depelleret, cum ſcire poſſit et debeat: ex hoc fundamento actionem intra biennium non dimanare. Ne autem rigoroſior haec cenſura videri poſſit, iudices excuſabo, praeſertim in his terris, vbi executiuus proceſſus, non tempore ſpectato, ſed documento tantum guarentigiato, obtinet; cum praeſagire iudex nequeat, an reus in continenti liquidas exceptiones habeat. Vbi autem hoc proceſſuum genus, vigente iure communi, ceſſat, hanc notam iudex non euitabit. Aliud eſt ſi actor condictione certi ex mutuo vtatur, in qua fundamentum in vera numeratione conſtitui debere, nemo ignorat, niſi ignarus, tunc enim repellere agentem iudex nequit; reus tamen non numeratae pecuniae exceptione contra hunc impetum ſe defendet, nihilque actoris probationem quae ipſi iniungenda eſt, adiuuat ſcripturam ſe docere, quam intra biennium flocci habendam eſſe toties dixi, toties demonſtraui.

§. XXIV.

Satis puto me feciſſe litterarum obligationi, ne plus nec minus iuſto efficiat. Iam mihi animus eſt exceptionem non nume-

numeratae pecuniae ex fontibus ſuis repetere, datis cautionibus, ne alter alterius malitia deceptus, ſuccumbat, iuraque noſtra iniuſtitiae accuſet. Aut parum noui mundum, aut certo ſcio, ſuperare malitioſos bonos viros et numero et pondere. Quo eſt delicatius hos a ſe inuicem diſtinguere. Boni male agunt, quod omnes bonos credant; quod licet reprehendendum ſit, turpe tamen dici nequit. Gloriae itaque famam ſeruant, licet decipiantur. Nec vitae ſimplicitas turpitudo iure vocatur, niſi a turpibus. Satius autem eſt bonum virum et ſapientem ſe praeſtare, vt et aliis fidem, et nebulonibus cautionem doceat, vt bonus ſit, ne ipſe fidem frangat, prudens, ne machinantibus fidat. Olim non erat ſic, ſed tempora mutant mores, et nos mutamur in illis. Caueat quisque, ne periclitetur. Non rarum enim eſt, turgeſcente hominum proteruitate, vt beneficiis male et peſſime abutantur. Hinc fit, vt vterque et creditor et debitor cautione opus habeant. Multa remedia in fauorem debitoris in iure conſtituta ſunt, in quibus ſi ita verſetur, vt debitum modum et tempus obſeruet, nihil ipſi a creditoris calliditate timendum eſt. Quae inter principem locum tenet exceptio non numeratae pecuniae. Supponit vero, vt creditor actionem intra biennium contra debitorem inſtituerit, cum intra biennium tantum opponi queat, excipere autem nemine agente nec quisquam poſſit. Iam ſupra exploſi errorem eorum, qui ex ſcriptura, ante biennium, obligationem et actionem deriuant. Eundem igitur errorem committunt, qui exceptionem non numeratae pecuniae condictioni certi ex litteris opponi defendunt. Eam actionem enim plane non competere ante definitum tempus, firmiter contendo. Qua de cauſſa

ſi etiam iudex, vel imprudentia vel ſportularia rapacitate, libellum condictionem ex litteris ante biennium continentem non ſtatim reiecerit, ſed citationes ad partes emiſerit, reus imprudenter maxime ageret, ſi exceptionem non numeratae pecuniae obiiceret. Quo conſilio hoc fieret, haud intelligerem. Probatio enim iniungi per ſententiam nequit, cum libellus plane fundamento agendi deſtituatur, adeoque ipſa ſententia adhuc reiici debeat. Qualem igitur aliam actionem intra biennium tentare poſſet actor, quam condictionem certi ex mutuo? atque tunc reus, exceptione non numeratae pecuniae oppoſita, negat fundamentum huius actionis, in numeratione conſtitutum. His perpenſis, iudices annon fruſtra priuilegium debitoris excipientis in eo quaerant, quod non in excipientem ſed actorem transferatur probatio. Argumentari mihi ita videntur: exceptione reus fit actor *l. 1. D. de except.* vti ergo actor fundamentum ſuae actionis probare debet, ita etiam reus exceptionem. Cum itaque in exceptione non numeratae pecuniae hoc non ita eueniat, ſed actori probatio incumbat, ſingulare hoc eſſe aiunt, a generalis iuris tenore recedens, adeoque merito priuilegium ſalutari. Ita autem in contrarium per inuerſionem concludo: quicunque actor actionem in mera negatiua fundat, illam non probare debet *l. 23. D. de probat.* Ergo nec reus exceptionem negatiuam. Quare nullum priuilegii veſtigium in hoc cernitur, ſed communibus iuris generalis regulis reſpondet.

§. XXV.

Si aliquid eſt quod ad debitoris fauorem ſpectat, hoc vnicum recenſuerim, quod intra biennium creditor ſcriptura nec

ad

ad probandum vti poſſit, cum alias documenta efficaciſſimum medium probandi ſint. Inde enim eſt, quod in *l. 3. et 10. C. de non num. pec.* actori probatio iniungatur, quod fieri haud poſſet ſi ſcriptura ad probationem numerationis factae ſufficeret. Neque diſcrimen inter ſcripturam publicam et priuatam hic attendi meretur. Si enim publicum inſtrumentum nihil aliud continet, quam debitoris confeſſionem, quid intereſſe poteſt? cum intra biennium confitenti confeſſio nocere non debeat. Longe aliter ſe res habebit, ſi publicum inſtrumentum ipſam numerationem, in praeſentia iudicis, re ipſa, factam eſſe commonſtret, quo caſu probationis efficacia inſtrumento denegari nequit. Maximum priuilegium in eo conſiſtit, quod biennii ſpatio exſpiret, cum alias eius generis exceptiones perpetuae eſſe debeant. Quod ſi ex parte debitoris conſideramus, non fauorem, ſed odium continet, deſidiae ſcilicet poenam, quae efficit, vt elapſo biennio nullus aditus ad impugnandas litteras amplius pateat. Fauorem itaque tantum creditoris reſpicit, quod verba declarant IMPERATORIS *in §. vn. I. de litter. oblig. ne creditores diutius poſſint ſuis pecuniis forſitan defraudari.* Quam ob rem manifeſtius eſt, vt dubitari poſſit, poſt elapſum biennii ſpatium chirographum, confeſſionem accepti mutui continens, ita confirmari, vt nec dubitetur de numeratione, nec ad illud labefactandum quocunque modo, debitor amplius admittatur. *Lex 8. C. de non num. pec.* emenſo tempore *omnimodo compellere* iubet debitorem et in *l. 14. eod.* eo lapſo *nullo modo* querelam non numeratae pecuniae introduci poſſe, ſancitum eſt. Quo nomine certe nulla dubitandi cauſſa ſubeſſet, niſi mortalium generi frequens vitium diſſenſus

leges perturbauerit. Tantoque alacrius vigilare debet debitor vt διαμαρτυρία τῆς ἀναργυρίας intra biennium ſuſcipiatur, quo illa maximi praeiudicii praeſcriptio interrumpatur. Hac enim conteſtatione facta, exceptio perpetua redditur, et ad heredes tranſit. Sed quid ſi debitor, ſcripturam dans, ante conteſtatam querelam moriatur, tunc quaeſtio eſt, an heredes quoque facultate excipiendi gaudeant? Quae quaeſtio recte deciditur in *l. 8. C. de non num. pec.* An mortuo debitore totum tempus exceptioni determinatum exierit, nec ne? attendere iubet. Si poſterius, reſiduum tempus et heredibus merito competit, ſin prius, minime excipiendi ius eſt, ſed haeres ad ſoluendum compellitur, quod et eo protenditur, vt, etiamſi heres *pupillus* ſit, ab hac neceſſitate non relaxetur. Haec verba: *heres eius etiamſi ſit pupillus;* GOTHOFREDVS male intellexiſſe mihi videtur. Ita enim commentatur: *heres etiam pupillus tenetur debito paterno.* Quaſi vero hic reſpiciendum ſit, an heres ſit filius an debitum paternum. Sane ad rem non pertinet commentatio. Haec potius adaequata ratio erit, quod heres reſtitutionem non ex propria, ſed defuncti perſona impetrare debeat, defuncto autem, praeterito tempore nulla competebat reſtitutio, ergo nec heredi, licet ipſe minor ſit, concedi debet. Nec aliud declarat IMPERATOR cum *l. 14. d. t.* dicit: *his ſcilicet, qui propter aliquas cauſſas ſpecialiter legibus expreſſas, etiam elapſo quinquennio, in praeteritis temporibus adiuuabantur, etiam in poſterum eodem auxilio potituris.* Quis enim negaret minoribus et maioribus etiam ob abſentiam contra praeſcriptionem dari reſtitutionem? Quis contra minores biennii praeſcriptionem admittet? Sed haec

ita,

ita, ſi ipſe debitor ſit minor. Heres an minor ſit, nihil refert, niſi quoad reſiduum tempus recte dixeris, intra tempus minoris aetatis non currere.

§. XXVI.

Habes itaque meam ſententiam, quae poſt biennium omnem quaeſtionem de non numerata pecunia eludit. Non quidem noui quid me inueniſſe iacto, eſt et aliorum cordatiorum ICtorum opinio, planius tantum de mea voluntate conſtare cupiebam. Hoc tamen te ſcire volo, quod illa tantum remedia, quibus numeratio confeſſa impugnari poteſt, biennio euacuentur. De caetero vero alia, et multa, et ponderoſa, adhuc conquaſſare poſſunt actoris vincendi ſpem. Ac primo poſt biennium reum ipſam ſcripturam negare poſſe, eoque nomine actori probationem iniungi expeditum eſt. Ignoratur enim iure Romano iuſiurandum diffeſſionis, quod hodie in vſu eſſe ſolet. Deinde omnes aliae exceptiones peremtoriae,, quae numerationem non attingunt merito et poſt biennium adplicabuntur. Quis enim tam inique cogitaret de IVSTINIANO, quod poſt biennium omnes exceptiones exſtirpare et malitiae ita ianuam aperire voluerit? Quis quoque neſcit ſpecialia iura reſtringenda, non extendenda eſſe? Ac exemplum quoque *exceptionis ſolutionis in l. 10. C. de non num. pec.* luculenter proſtat. *Adſeuerationem* nempe *debitum ſolutum contendentis temporis diuturnitate non excludi* diſponitur, quod merito ob adpoſitam rationem ad alias peremtorias exceptiones, numerationis negationem non continentes, protenditur; et vnius etiam poſitionem, alterius excluſionem

non

non efficere, quilibet intelligit. Vnicam peremtoriam exceptionem nempe doli, ſiue generalis, ſiue ſpecialis, poſt biennium, quatenus haec ad numerationem impugnandam profertur, penitus reiicio. Verborum enim tantum eſt luſus, ſufficit, quod numeratio his ipſis exceptionibus negetur, quod fieri nequit. Nolo in hac re copioſius eſſe, cum vbique fere in controuerſiis diffuſe deprehendatur. Mihi ſufficit vera propoſuiſſe iuris principia, quibus diſſentientibus facilius occurri poteſt. Et ſi non priuilegiatae exceptionis non numeratae pecuniae, tanquam exceptionis doli aut in factum, inuentores *tot. tit. C. de non num. pec.* non ſuperficiarie ſcrutati eſſent, eos fugere haud potuiſſet in *l. 3. eod. exceptionem doli*, et in *l. 9. eod. in factum* vocari exceptionem non numeratae pecuniae; adeoque omnibus his exceptionibus poſt biennium repulſam dari. Incidi hac occaſione in mirabile caput et ſomniantem interpretem VRANIVM *ad cap. exceptionem X. de except. no. 42.* Duo adhuc viſa ſunt ipſius ingenio commoda remedia, quibus et poſt biennium conſuli poſſe debitoribus ſibi ſapit. Alterum ponit in reſtitutione in integrum ex generali praetoris clauſula: *ſi quae mihi iuſta cauſſa videbitur;* quo nihil excogitare potuit interprete deteſtabilius. Cauillatio haec eſt, non interpretatio, non commentatio, non conſultatio, non obſeruatio, nec quidquam aliud iurisprudente dignum. Si hoc auxilium praeſto eſſet, quis tam obnubilatae rationis inueniretur, vt non perſpiciat, totam Iuſtiniani inuentionem ad reprimendos malitioſos, deſides excitandos, in caſſum ire, quin immo et ipſe IMPERATOR in *l. 14. C. de non num. pecun.* hanc lubricam meditationem reiecit, dum

illas

illas tantum cauſſas *ſpecialiter legibus expreſſas*, contra praeſcriptionem adiuuari ſanxit; Clauſulam hanc generalem praetoris reſtringere voluit. Si hanc miratus es auxilii inuentionem, obſtupefactus leges, quod viam denunciationis euangelicae aperiat, vt in hunc portum ſe coniicere poſſit debitor. Dixeris, quid denunciationes euangelicae huc pertinent? Quid ad nos? Recte quidem ſentis, ſed audi VRANIVM deperditum auxiliatorem: *quia ſumus in materia peccati, quo paſſu ius canonicum eiusque diſpoſitio de denunciatione euangelica, concurrentibus caeteris requiſitis, obſeruari ſolet.* Sed haec putrida philoſophia refutatione non eſt digna.

§. XXVII.

Quid tandem ſentiam de excogitata diſtinctione inter exceptionem non numeratae pecuniae *priuilegiatam* et *non priuilegiatam*, non vberius a me efflagitabitur, cum iam prolixius decertauerim de reſecanda poſt biennium querela non numeratae pecuniae. Immo ipſum nomen non priuilegiatae et priuilegiatae exceptionis non numeratae pecuniae verum huius exceptionis ſenſum corrumpit. Iam ſerio dixi, et dedi demonſtratum, quod priuilegium incongrue quaeramus in eo, quod excipiens haud probare debeat, ſed id ipſum exceptionum negatiuarum naturae conſentiat. Si hoc non eſt priuilegium, quae erit itaque non priuilegiata? Excogitantium ſenſu non ens. Si alterum priuilegium perpendimus, quod ſcriptura poſt biennium numerationem plene probet, nec contrariam probationem admittat; Corroboraui

roboraui et principiis et legibus ipſis, in fauorem creditoris hoc priuilegium tendere; Neſcio itaque quomodo debitor fauori pro creditore introducto renuntiare queat. Quidquid tamen ſit, in foro, inuito licet iure, diſtinctio inter priuilegiatam et non priuilegiatam adplauſum meruit ANTON. FABR. *in cod. L. IIII. t. 22. def. 1.* CARPZOV. *P. I. conſt. 32. def. 66. et in proceſſ. tit. XXII. art. 3. n. 50. et 72.* SCHILTER. *Exerc. XXII. §. 31.* RICHTER. *P. I. dec. 21. n. 12.* quamuis nec deſint ex pragmaticis ICtis qui et in contrariam abeant ſententiam, BERGER. in *elect. diſcept. for. T. XI. obſ. 4.* WERNHER. *P. I. obſ. 6.* ZANGER. *de except. P. III. c. 14. n. 66.* Et inprimis BERGERVS *adlegat. loc.* in Saxonia A. 1691. ſenatum adpellationis eandem opinionem recepiſſe teſtatur. Minimum autem illi diſſenſus dicaſteriorum demonſtrant, eis minime ſubſcribendum eſſe, qui per vſualem interpretationem diſtinctionem inter priuilegiatam et non priuilegiatam exceptionem non numeratae pecuniae introductam eſſe tradunt. Infeliciter ſane nobiſcum ageretur, ſi inconſtantes opiniones ICtorum, et ipſorum collegiorum quoque, inſtar iurium colere obſtringeremur. Quae ſit autem haec non priuilegiata exceptio, paucis tradam, vt, vbi hoc receptum eſt, ſciamus cautiones ſuſcipiendas. Priuilegiatam vocant, quae intra biennium opponitur, atque onus probandi in creditorem transfert. Non priuilegiatam vero eſſe contendunt, quae et poſt biennium poteſt opponi, reum tamen excipientem probatione onerat, quod numeratio non ſit facta. Hoc itaque in caſu maxime excipiens de modo probandi ſollicitus eſſe debet. Eludere

hanc

hanc probationem videntur qui cum LVDOVICI *in doctrina digeſt. ad L. XII. t. 1. §. 22.* adſerunt, negatiuae huius probationem aliter fieri non poſſe, quam per remotionem loci et temporis. Deperderet plerumque operam reus, quam in hanc probationem conferret. Miraculoſa etenim maxime ſunt eius modi chirographa, in quibus locus ſpecialis factae realis ſolutionis ſeu numerationis exprimitur, atque dum maxime, cum creditor machinis contractus chirographarii debitorem obruere meditatur. Locum quidem chirographo addi, non ignoro, ſed exinde in hoc loco numerationem factam eſſe, nihil conſequitur; Quid ergo haec probatio ſit effectura, non perſpicio.

§. XXVIII.

Cur vero debitorem tantis illaqueamus difficultatibus? Nondum in anguſtias redactus debitor, exceptionem probaturus, mihi videtur. Documentis maxime ſuam cauſſam agere poteſt. Optima eſt debitoris cautio, vt ſi forſan rerum anguſtiis oppreſſus chirographum ante numerationem det, vel, transmiſſionis pericula euitare cupiens, hoc tradiderit, ſibi maxime per litteras, vulgo dictas den reuers oder Gegen-Scheine proſpiciat, quae continent confeſſionem creditoris, nondum numeratam eſſe pecuniam, quam debitor in chirographo confeſſus eſt. Ne vero vmbram ſecuritatis in illis litteris quaeſiueris, attendas omni contentione, vt minimum ſumma debiti, et tempus, quod in chirographo continetur, adcurate in illis exprimantur, alias enim vel nullum, vel mediocrem fructum tuae cautioni

 promitto.

promitto. Omnia autem ſi bene compoſita ſint, nulla fortiori probatione infringi poterit chirographi fides. Et quid, ſi abituro debitor chirographum dederit, atque in antecedente cautione remiſſius egerit, ex interuallo vero debitor litteras ad creditorem mittat, et pecuniae numerationem vrgeat, quibus creditor reſpondens, promiſerit certo tempore ſe transmiſſurum eſſe? quin et his litteris perfecta probandi vis inſit, nemo dubitabit. At enim vero creditor quoque in hoc negotio prouidus verſetur. Iungam hic ſtatim creditoris cautionem. Eo refero, vt creditor, qui illas litteras dedit vel emiſit, ſoluta deinde pecunia, has litteras ſibi reſtitui poſtulet. Sed quid ſi hae litterae amiſſae dicantur? Pronum videtur eſſe auxilium, vt litteras caſſationis, einen mortifications-Schein ſibi dari curet. Ego certe non ita tutum reputo, vt non plus ſit timendum de malitioſo; de bonae fidei homine pariter. De malitioſo, cum timor ſit, ne has ipſas litteras caſſationis non agnoſcat, et, vbi hoc introductum, diffiteatur, laudabis curam. Nec in bonis qui dicuntur, cenſura dignus ero, quod ſuſpicer. Malo timere et cauere quam credulitate decipi. Boni mores haud raro mutantur. Hinc illae lacrymae ab his excitae, quos optimos credebamus. Et ſi haec quidem non verenda, ſed integrae frontis debitor ſit, mortuo ipſo heredes, bonorum, non fidei ſemper, omnia perturbare poterunt. Et quod ergo perfectius dabitur conſilium? Tradam. Aut coram iudice ſoluas, et acceptationem, ſolutionem, declarationem de caſſandis litteris in regiſtraturam conferri cures, aut notarium adſciſcas, et haec

iunctim

iunctim in inſtrumentum redigantur. Poſſes teſtes forſitan et aduocare, et coram his haec omnia ſuſpicere. Teſtes, vel obliuiſcuntur, vel adulterant teſtimonium, vel moriuntur. Ita ſepelitur tua ſecuritas. Irridebunt haud pauci nimiam meam ſubtilitatem, et vt vere dicam, diffidentiam. Periculum eſt faciendum, inquient, non ſemper timendum. Conſilium dare volui. Nolui foeneratoris partes agere. Sapienti ſat.

§. XXIX.

Praeter documenta, de quibus egi, et per teſtes credo probationem inſtrui poſſe. Si enim hi tempore dati chirographi adſuerint, et ſciant ſolutionem in futurum tantum fuiſſe promiſſam, vel poſtea audiuerint creditorem dixiſſe, quod nondum ſoluerit pecuniam de qua chirographum accepit, apprime inſeruient probationi. Redeo rurſus ad creditorem, qui ſi ſciat hos teſtes adfuiſſe in numeratione deinde facienda, maxima circumſpectione vti debebit, ne his teſtibus debitor deinde peſſime abutatur. Ea propter iisdem ante expoſitis conſiliis ſuam adiuuabit ſecuritatem. Supereſt, vt de modo probandi per iuramenti delationem paucis diſpiciam. Equidem hoc probationis medium omni modo reiiciendum puto. Vix tamen profuturam eſſe operam illis ſpem facio, qui eo nomine ad *l. 14. §. 3. C. de non num. pec.* prouocant. Manifeſte ibi proponitur iuramentum deferri non poſſe. Cuius diſpoſitionis haec eſt ratio: quia cui non competit exceptio nec ius datur iuramentum deferendi. Ergo aliena haec

 demon-

demonſtratio videtur a propoſito, ideo quod ex fori vſu omnino quoque poſt biennium admitti ſoleat exceptio non numeratae pecuniae. Noli ex aduerſo concludere, ergo vbi datur exceptio, ibi etiam datur iuramenti delatio, quod falſiſſimum. In multis enim caſibus exceptioni locum eſſe, nec tamen iuramento, paucis ignotum eſſe poterit; Poſcis itaque iure tuo vt alias ab his diuerſas rationes reddam. Poſt biennium, quorſum te vertas, ſcripturam recognitam habere probationem, nihil poteris inficiari. Quod ſi eſt, non intelligo, cur alia probatione, ſcilicet iuramenti praeſtatione grauari debeat creditor: ſcripturae enim fides cum ſine dubio releuat. Contra vrges: non ipſe probat ſed excipiens. Sed iuramentum cum deferatur, magis eum, cui defertur onerare mihi videtur, quam alterum qui defert; Alter quippe qui defert iuramentum, dum ad iuramentum calumniae tacite ſe obtulerit, probat tantum ſe non temerarie egiſſe, et litem iureiurando obtuliſſe; Alter vero cui defertur, hoc ipſo ſane ſuam cauſſam probare debet. Vocatur litis deciſorium. Ille itaque cui iuramentum defertur, hoc ipſo dum iurat ſacramentum, litem ſuam, cauſſam probando, decidit. Hic vero cum fundatam iam cauſſam in agnita ſcriptura habeat, quo modo alio onere adfici poſſit, coniicere non vacat. Et hoc in illis locis, vbi conſcientiae defenſio per probationes, **die Gewißens Vertretung mit Beweis**, obtinet, multo certius adſeueratur, eo quod ipſe, cui iuramentum defertur, iam ex ipſa ſcriptura plenam habeat defenſionem. Scio quidem a quibusdam dicaſteriis aliter obſeruari. Merito autem exſpecto legum rationes. Inter

ter

ter has vero *nou. CXXXVI. c. 6.* referri aequo animo non patiar, quia, cum de argentariis diſponat, huc adcommodari nequeat.

§. XXX.

Accedo ad iura Saxonica. Pleraque in iis ſunt commutata, quaedam ambigua ſunt. Cuius mutationis haec mihi videtur eſſe ratio, quod ex chirographo executiuo proceſſu creditores experiantur, qui ab ordinario longe diſtat. Separanda vero erant *iura* proceſſus Saxonici *antiqua* ab illis quae in *ordinatione recognita* diſponuntur. Vtraque iura in eo quidem conueniunt, quod in executiuo proceſſu non aliae exceptiones, quam quae in continenti liquidae reddi poſſunt, opponi queant, reiectis altioris indaginis exceptionibus in reconuentionem. In adplicatione autem diſcrimen cernitur. Ante *ord. recogn.* de litterarum obligatione, eius effectibus et exceptione non numeratae pecuniae nihil immutatum inuenio. Qua de re non concedendum puto proceſſum executiuum ante elapſum biennium. Guarentigionatum enim documentum cenſeri nequit, quod iure ita eſt inualidum, vt nec formam nec probationem det. Adeoque ordinarium proceſſum eligere debet creditor, non condictione ex litteris, ſed ex mutuo inſtituta. Reo dabitur exceptio non numeratae pecuniae, cauſſaque ad probationem deuoluta, quam actor ſuſcipiet, nihil probaſſe cenſebitur, niſi praeter ſcripturam aliis probandi mediis eam perfecerit. Poſt biennium efficax demum eſt proceſſus executiuus ex chirographo,

pho, nec audiendus eſt debitor exceptione non numeratae pecuniae, niſi in continenti eam doceat. Nonne vero in reconuentione eam deducere licet? Ita eſt, poſteaquam non priuilegiata haec exceptio forum inuaſit, atque tunc reconuenienti incumbere probationem, nemo ambigit. Haec omnia vero mutata ſunt in *ord. proc. recogn. in adpend.* §. *8. verbis* **Wie wir denn inſonderheit ſolches mit Aufhebung deßen was ſonſt in denen Rechten deswegen enthalten, auf die** *exceptionem non numeratae pecuniae*, **wenn ſolche nicht gleichfalls auf obige Maaß** *in continendi liquid* **iſt, hiermit erſtrecket, und daß ſolche** *in proceſſu executiuo* **wieder klare Brief und Siegel in Zukunfft weiter gar nicht ſtatt haben, dahingegen aber, wenn dieſelbe nachgehends in der** *reconuention* **ausgeführet würde, wider Beklagten auf die in** §. *4. et* 7. **geſezte Maaße beſtrafet werden ſolle, anbefohlen haben wollen.** Haec diſpoſitio certe omnnia quae iure Romano de litterarum obligatione conſtituta ſunt, et ante quoque in foro obſeruabantur, abrogauit, vt nec in ordinario nec executiuo proceſſu veſtigium remaneat. Nam ſi quoque aduocatus, cum chirographo inſtructus ſit, ex inſcitia ordinarium proceſſum inſtituerit, nec chirographum ſimul induxerit, reo actionem negante, atque exceptionem non numeratae pecuniae opponente, actori quidem probatio per ſententiam iniungetur, nihil tamen eum prohibet, quo minus, licet intra biennium fiat, documento, hoc ſcilicet chirographo, debitum probet. Vnde ſi reus hanc probationem non alio poſſit elidere

modo,

modo, nihil certius exſpectabit, condemnatione, quod indoli litterarum obligationis non reſpondet. Multo minus in proceſſu executiuo quidquam adiuuabit, actorem intra biennium ex chirographo agere. Illud enim non modo licet creditori, ſed nec reus aliter audiri poterit exceptione non numeratae pecuniae, niſi eam in continenti liquidam reddere poſſit. Altioris indaginis exceptiones in reconuentionem reiiciuntur. Anceps hic oritur quaeſtio: an in reconuentione illibata remanſerint iura antiqua? Ego vero menti legis, licet verba ſileant, conuenientius cenſeo, etiam in reconuentione nihil de indole litterarum obligationis ſupereſſe. Siue ergo intra biennium, ſiue poſt illud inſtituatur reconuentio, ſemper reconueniens debitor probare tenebitur non numeratam pecuniam eſſe, cuius confeſſionem chirographum continet. Quod vt euidentius pateat duos caſus, qui in reconuentione occurrunt, ſeparabo. Si, conuentione iam inſtituta, reconuentionem inchoet debitor, nulla alia mihi inſtituta videtur actio quam *condictio indebiti*, qua illud in quod in conuentione, ob deficientes liquidas exceptiones, vel condemnatus eſt, vel condemnabitur, tanquam indebitum repetat. Quam ob rem indebitum ſine dubio probare tenetur, quod fieri nequit, niſi demonſtret numerationem factam haud eſſe. Parum intererit ſi dicas *condictionem ſine cauſſa* eſſe inſtitutam, cum etiam tunc, cauſſam mutui non ſubeſſe, eodem modo oſtendere obſtringaris. Alter caſus eſt, ſi reconuentio anticipetur, quod per *ord. recogn.* iure ſuſcipitur. Qualis autem tunc actio reconuentioni inerit? Non aliam video, quam vel *condi-*

ctionem cauſſa data cauſſa non ſecuta, vel *condictionem ſine cauſſa*, vel *prouocationem ex L. Diffamari.* In omnibus autem his caſibus quoque probare debet numerationem non eſſe factam, quo demonſtretur cauſſam, ob quam chirographum datum, non eſſe ſecutam, poſſidere eum chirographum ſine cauſſa, veritatem debiti per chirographum non probatam eſſe, Nihil muto, etiamſi haec reconuentio ante biennium ſit inſtituta, cum enim ante biennium chirographum ad ipſum proceſſum executiuum inſtituendum ſufficiat, quidni in proceſſu ordinario, quo reconuentio ventilatur, ad probationem chirographum pertinebit. Haec omnia nunc omni dubio erepta ſunt per *Dec. nouiſſ. XXIII. de anno 1746.* vbi in omni caſu et in reconuentione, neganti numerationem contra documentum guarentigionatum, iniungitur probatio. In qua et hoc notatu digniſſimum concurrit, quod ſi debitor hanc probationem per teſtes aut iuramenti delationem gerere cupiat, intra quinquennium tantum remedia admittantur, per documenta autem probaturo perpetuo aditus maneat. Illud ſilentio praeterire haud queo, quod apud pleroſque hoc in reconuentionis caſu *prouocationem ex L. ſi contendat* adplicatam inuenerim, GRIBNER *in princ. proc. iud. L. II. c. 8. §. 3. not.*, quae prouocatio an vlla ratione ſecundum *ord. recogn.* obtineat, merito dubito. Remedium hoc prouocatorium moram requirit creditoris, ſed haec reconuentio etiam ante venientem diem inſtitui poteſt. Immo periculum quod per *l. 28. D. de fideiuſſ.* ex procraſtinatione timendum erat, quodque in hac prouocatione eſt requirendum, omnino

ceſſat.

ceſſat. Exceptio enim non numeratae pecuniae, abrogatis iuris Romani principiis, perpetua nunc eſt, et ſiue intra, ſiue poſt biennium opponatur, ab excipiente probanda venit. Vanus ergo timor inuaderet debitorem. Ac quem quaeſo effectum habiturum eſſet hoc remedium? Dicis vt ſententia feratur: **Daß** Prouocantens exceptiones **wider** Prouocatens **Anſprüche billig bey Kräfften bleiben.** Sed nihil effectum eſt; cum ſemper eiusdem conditionis maneat exceptio non numeratae pecuniae. Quidquid vero reliquorum remediorum tandem dabitur ob non numératam pecuniam, facillimo negotio ad ea quae de exceptione dicta ſunt, componi poterunt, illis enim inhaerere diſſertationis cancelli non permiſerunt. Quae propoſui tuis vſibus adplica.

A011474591

168
a
28